

Петр БАРЕНБОЙМ

**СООТНОШЕНИЕ ДОКТРИН
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
И ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
КАК ГЛАВНЫЙ ВОПРОС
ФИЛОСОФИИ ПРАВА
И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА**

УДК 340.12(470)
ББК 67.0 + 67.3
Б24

Петр Баренбойм
Б24 Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос философии права и конституционализма. – М.: ЛУМ, 2013 – 128 с.
ISBN 978-5-9903067-7-6

Книга посвящена проблеме соотношения доктрин Верховенства права и Правового государства. Обе доктрины имеют глубокие корни соответственно в континентальной и англо-американской правовых традициях, но за последние десятилетия их соотношение мало изучалось юридической наукой и философией права. Поэтому в начале 21 столетия это стало главным вопросом философии права и конституционализма. В наше время сложно определить содержание каждой из доктрин без их сравнения и разграничения, либо совмещения.

Судебная защита конституционных прав является центральной как в доктрине Разделения властей, так и в современном правовом конституционном государстве. Сейчас идет постепенная конвергенция доктрин, особенно в развивающихся конституционных системах (включая Россию). Конституционная экономика может стать мостом между Разделением властей и Правовым государством.

Peter Barenboim
Interrelationship Between the Rule of Law and the Legal State Doctrines as the Main Question for Philosophy of Law and Constitutionalism.
LOOOM Publishing House. Moscow, 2013 – 128 p.

The book investigates a side-by-side development of the civil law doctrine of the Legal State and the common law doctrine of the Rule of Law. Despite its apparent importance, there is little research in the legal field which contains philosophical and empirical investigation of the interrelations between both great legal doctrines. Nevertheless, there has been some convergence, which has significantly enhanced the independence of modern judiciary by incorporating modern ideas from both the civilian and the common law tradition. Judicial protection of human and constitutional rights is central to the idea of the Rule of Law and the modern Legal State doctrine. The proper study of both these traditions in their historical transformation can benefit the quest of constitutionally developing countries (including Russia) for independent solutions to state governance issues. Constitutional economics can serve as a solid bridge between these two doctrines.

Оформление © ЛУМ/LOOOM, 2013
ISBN 978-5-9903067-7-6

Междисциплинарный Центр философии права

Петр БАРЕНБОЙМ

**СООТНОШЕНИЕ ДОКТРИН
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА
И ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА
КАК ГЛАВНЫЙ ВОПРОС
ФИЛОСОФИИ ПРАВА
И КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА**

ЛУМ
Москва,
2013

Верховенство права, возможно, не какая-то универсальная единственная концепция, но, скорее, семья взаимосвязанных концепций.

Дэниел Левин

Чтобы понять необходимую взаимосвязь между Верховенством права как идеала с хорошо сконструированным конституционным строем, не нужно считать, что все государства должны иметь или имеют на практике одинаковую конституционную структуру.

Мортимер Селлерс

Правовое государство, Rechtsstaat, как оно обычно понимается, не является тем же самым, что Верховенство права (Rule of Law) как то обычно понимается. В Rechtsstaat право, контролирующее политику, является законом, предпочтительно кодифицированным, в то время как в Верховенстве права в ситуации конфликта права и политики — это право, созданное решениями судов.

Иэн Стюарт

Несколько лет назад Московско-Петербургский философский клуб и два института Российской академии наук — Институт философии и Институт государства и права при участии судей Конституционного суда РФ учредили Междисциплинарный центр философии права, который в качестве одной из своих важнейших задач провозгласил разработку российской доктрины правового государства. Идея активного развития российской доктрины правового государства, как, впрочем, и инициатива создания самого междисциплинарного центра, принадлежала Петру Давидовичу Баренбойму. И он же начал её реальную разработку. Предлагаемая читателю книга — об этом.

В книге обобщаются многолетние размышления автора, посвященные проблемам права и правосознания российского общества, необходимости правовой реформы. Основную мысль, которая проходит и объединяет все представленные в книге темы и сюжеты, можно выразить общим словом: Конституция. Почему именно Конституция является, должна стать для нас и символом, и квинтэссенцией права и как сделать так, чтобы она спустилась с неба на землю и стала реально работающей силой в правовом пространстве страны — вот вопросы, которые занимают Баренбойма как ученого и волнуют его как гражданина.

Центральный сюжет книги, давший ей название, — это соотношение англо-американской идеи верховенства права (Rule of law) и европейской идеи правового государства (Rechtsstaat). И та, и другая имеют своим содер-

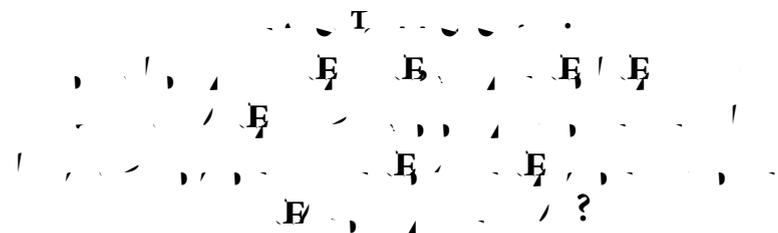
жанием приоритет права перед законом, представляют собой разные формы обеспечения такого приоритета. В случае верховенства права это достигается через автономную судебную систему, которая не просто реализует законы, подводя частные случаи под общие нормы, а своими решениями создает прецеденты, приобретающие силу закона, и являющиеся тем самым источником права. В случае правового государства выражением и источником права, возвышающимся над законами и задающим им правовой вектор, является писаная конституция, и не просто конституция, а конституция прямого действия, которая непосредственно, а не только через решения конституционного суда, задействована в судебную практику. Излишне говорить, насколько важны, актуальны выводы, к которым приходит автор. Отечественная правовая наука и российское общественное сознание постепенно усваивают мысль, что право и закон — не одно и то же, и что право выше закона. Однако нет никакой ясности в вопросе о том, как это различие обнаруживается и реализуется в юридической практике, как удостоверяется неправовой характер тех или иных законов, как граждане могут защитить себя от них. Та конкретизация идеи правового государства, которую предлагает П.Д. Баренбойм, позволяет ответить на эти вопросы, обозначает путь, на котором надо искать эти ответы. Она же показывает, что правовое государство никак не сводится к тому, что громко именуется диктатурой закона, даже искажается этим пониманием.

Хотелось бы обратить внимание ещё на одну идею, которую первым в отечественной науке начал проводить, отстаивать и развивать П.Д. Баренбойм. Речь идет о конституционной экономике, под которой понимается правовое регулирование экономики с целью обеспечения материальных гарантий конституционных прав и свобод граждан. Человечество не преодолело до настоящего

времени библейскую дилемму между сравнительно сытой жизнью в египетском рабстве и свободой голодного блуждания в пустыне. Но оно постоянно пытается сделать это. Конституционная экономика и как междисциплинарная область знания, и как общественная практика — одно из современных усилий в данном направлении. Она предлагает путь, позволяющий более полно, чем раньше, соединить формальные права и свободы граждан с реальными возможностями людей.

П.Д. Баренбойм пишет также свободно, как и мыслит. Он не стремится задавить читателя авторитетами, покорить ученостью, зажать в железные тиски логики. Нет, он просто делится мыслями — мыслями, возникшими у него в реальных жизненных ситуациях, в опыте адвокатской работы, в международном общении. Он делится ими, по большей части, в бесхитростной форме, пользуясь аргументами, которые легко проверяемы, апеллируя к фактам, которые под рукой. Он не столько излагает окончательные научные итоги и выводы, сколько приглашает к разговору. Он понимает, что теория правового государства в наших российских условиях — больше, чем совокупность знаний. Это ещё и общественная позиция. Рекомендуя читателю книгу, хотел бы выразить надежду, что она вызовет у него адекватную ответную реакцию.

*А.А. Гусейнов,
академик РАН*



В день завершения работы над этой книгой, 3 апреля 2013 года, была опубликована информация о выступлении на конференции вице-премьера правительства Российской Федерации Ольги Голодец, заявившей, что 38 миллионов россиян «непонятно где и чем заняты» и создают проблемы для общества. Привожу полностью эту информацию с сайта mail.ru.

Значительная часть трудоспособного населения России задействована на нелегитимизированном рынке труда и представляет серьезную проблему для общества. Об этом вице-премьер Ольга Голодец заявила на IV Международной конференции по экономическому и социальному развитию: по ее словам, «сегодня в России 86 млн человек в трудоспособном возрасте».

«К сожалению, наш рынок труда практически сегодня нелегитимизирован. В секторах, которые нам видны и понятны, занято всего 48 млн человек. Все остальные — непонятно, где заняты, чем заняты, как заняты», — цитирует Голодец «Интерфакс».

Эти люди создают серьезные проблемы для всего общества, уверена вице-премьер.

Кроме того, Голодец считает, что по уровню квалификации в большинстве специальностей Россия отстает от мирового уровня на 20 лет.

«Это не пустой звук. Мы отстаем буквально по большинству специальностей, если не по всем, на 20 лет от мирового рынка труда. Здесь очень важно участие общества в подготовке стандартов. Стандартов должно быть около 800», — сказала она.

Голодец добавила, что в России также слишком много рабочих профессий — более 8 тысяч, чего, по ее словам, нет «ни в одной стране мира».

Отдавая должное смелости такого заявления вице-премьера, которая до этого почти в одиночку выступала против принятия одиозных законов, представляется, что такое заявление характеризует работу не только нынешнего правительства и российского политического режима, но отражает острую необходимость в конкретизации понятия, принципа, доктрины Правового государства как руководящего положения Конституции России. Тут нужно говорить уже о том, в каком государстве мы живем, если правовое пространство нынешнего государства не охватывает почти половину трудоспособного населения страны. Похоже, в нашей ситуации проблема определения доктрины Правового государства является главным вопросом не только философии права и конституционализма, но и выживания страны. Четко определить нашу доктрину вряд ли удастся без ее разграничения с доктриной Верховенства права, которая является краеугольным камнем многих важных международных конвенций и договоров, подписанных Россией и обязательных к применению на ее территории.

Мне в свое время слегка доставалось и еще иногда достается за концепцию библейских истоков доктрины разделения властей. Поэтому мне не хочется, но приходится категорически не соглашаться с теми, кто пытается искать нечто большее, чем истоки или прообразы доктрин правового государства и верховенства права, в

античные и иные старые времена. У доктрины Верховенства права есть «отец-основатель» — англичанин Дайси, у доктрины Правового государства имеется просто «отец» — Иммануил Кант. Дайси сформулировал доктрину в работе 1895 года, Кант — примерно за сто лет до этого в своих поздних работах. Доктрина Дайси сформулирована для Англии и малоприменима в других странах, особенно тех, где действует неанглосаксонская правовая система. Все это стало общим местом академических работ, посвященных верховенству права. Конституционное право создается, по Дайси, решениями судов, что никак не сочетается с подробными писаными конституциями как основополагающим источниками конституционного права подавляющего большинства стран остального неанглоязычного мира.

Конечно, английский язык (точнее, ломаный английский) стал фактически международным языком мирового общения, и его позиции продолжают стремительно укрепляться, благодаря, например, Интернету. Однако англосаксонский правовой менталитет и основанный на многовековых традициях общего права (common law) юридический здравый смысл, преломляясь в ломаном английском других народов и недостаточном правовом знании самых квалифицированных переводчиков, ускользают, почему значение многих понятий и целых институтов остается недостаточно ясным. В начале третьего тысячелетия это стало острым вопросом международного и национального права, поскольку верховенство права упомянуто в крупнейших международных договорах как требование к применению в подписавших эти договоры государствах, что напрямую относится и к России.

Предоставим слово такому авторитетному автору, как судья Международного суда справедливости (International Court of Justice) Хисаши Овада (Hisashi Owada), который до этого был представителем Японии

в ООН и дважды побывал на посту председателя Совета Безопасности ООН.

В своем выступлении на конференции Международной ассоциации юристов (International Bar Association) в Гонконге в 2007 году он сказал, что, *хотя фраза «верхо-*

На первый взгляд, почему нельзя пойти по простейшему пути и не объявить две доктрины двумя сторонами одной медали, включающими в себя одни и те же правовые характеристики? Ответ лежит не только в различии англосаксонского общего права и континентального римского права: первое развивается через решения судов, второе связано формальными рамками законодательного акта. Доктрина Правового государства сейчас, в начале XXI века, на основе принятия 4-го поколения конституций, затронувшего более половины стран мира и включающего в себя международные стандарты прав человека, обновляется и в значительной мере сливается с конституционализмом, ставшим, в свою очередь, базой для философии права. Конституционный надзор через суды и/или другие органы конституционного надзора позволяет праву обуздывать государство и его направленные на удобство госаппарата законы. Принцип прямого действия ряда конституций, как, например, Конституции РФ, предоставляет дополнительные теоретические и практические возможности защиты развития свободы и гражданского общества. Неполная совместимость доктрин Разделения властей и Правового государства требует не их механического объединения в некий общий принцип законности, а тонкого анализа их различий и путей возможного постепенного сближения и конвергенции. Иначе можно утратить важные значения каждой из доктрин, например принцип стремления к миру, заложенный Кантом в доктрину Правового государства, или возможность оперативного применения доктринальных основ по любому каждодневному судебному делу, как в доктрине Верховенства права.

(Непростой кажется и конвергенция общего англосаксонского и континентального римского права. В этом смысле я бы обратил внимание на Монреаль, где юристы — теоретики и практики — работают одновре-

менно в двух разных правовых традициях. Эта правовая лаборатория может генерировать Объединенное право будущего. Следует только посетовать на неучастие с обеих сторон представителей философии права.)

Попробуем оставить в стороне тот бесспорный факт, что юристы «переиспользовали» понятие Верховенства права, а также пытаются вместе с продвижением сегодня этого понятия поднять (точнее, вернуть) свой престиж в национальном гражданском обществе и международном сообществе, подчеркнуть свою важность и незаменимость. В речах на высоких правовых международных форумах юристов величают «пехотинцами, сражающимися за верховенство права». В обязанности каждого юриста априори вменяется рыцарская бескорыстная борьба за верховенство права, как будто это не обычная профессия, позволяющая обеспечивать себя и семью, выполняя некую общественно-полезную работу. Мы не должны «демонизировать» свою научную и практическую деятельность. Еще Стефан Цвейг иронично характеризовал юриста как «опасного тигра в джунглях бумажных параграфов».

Лозунгами и восклицаниями, даже очень эмоциональными, нельзя заменить реальный анализ реального положения вещей. Нам в России нет никакого резона рядиться в пышные или, наоборот, слишком прозрачные одежды верховенства права, чтобы не сыграть голую свиту голого короля. У нас есть другие понятные проблемы, связанные с доктринальным определением понятия «правовое государство», записанного в текст российской конституции. Статья 1 Конституции РФ гласит: «Россия есть демократическое федеративное правовое государство». В то же время текущий текст Конституции РФ не раскрывает это понятие. В связи с этим председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин отмечает: «Континентальная система права базируется

на понятии «правовое государство» — том, что взято за основу нашей Конституции. Нужно отметить, что это понятие во взаимосвязи с реалиями XXI столетия еще ждет своей доктринально-концептуальной разработки, что требует тесного сотрудничества юристов и философов». В. Д. Зорькин считает, что, хотя проблематика правового государства постоянно находится в центре внимания специалистов в области конституционного права, теории и философии права, «к настоящему времени еще ни по одному из принципиальных аспектов этой темы не сложилось того единства взглядов, которое позволяло бы говорить о наличии в российской юридической науке общепризнанной доктрины правового государства. Нет единства даже в вопросе о том, какие именно признаки правового государства в своей совокупности отражают его сущность».

Это важная конституционно-правовая задача, от которой все равно не уйти. Она определяет, точнее, может определять нашу каждодневную жизнь. Следующим уже вопросом станет выяснение вместе с международным сообществом, что именно мы подписали в текстах международных договоров и обязались соблюдать под именем «верховенство права». Но, похоже, сейчас взаимное непонимание зашло слишком далеко, и поэтому определить «правовое государство» без разграничения его с понятием верховенства права стало уже невозможным.

Разница языков, языковых смыслов и подтекстов крайне важна при лингвистическом и ментальном переводе, особенно конституционных терминов. Знаменитый американский философ права и судья высокого ранга Ричард Познер обратил особое внимание на перевод конституционных текстов и на аналогию лингвистического перевода и судебской интерпретации этих текстов. По его мнению, как в судебской интерпретации конституции есть элемент в хорошем смысле соавторства, когда судья

пишет о правовых моментах, конкретно не записанных в конституции, так и переводчик, если он действует честно и хочет передать своему читателю-современнику понятный для него смысл, является такого же рода «соавтором» переводимого им конституционного текста.²

К сожалению, такой «честный» подход привел к неправильному переводу на английский термина «правовое государство» из многих десятков конституций мира как «верховенство права» (Rule of Law), хотя в последнем словосочетании нет прямо указанного в первом слова «государство». Все было честно: переводчики конституционных текстов на английский не знали о Канте, Rechtsstaat, правовом государстве. Это честное незнание привело к созданию отнюдь не лингвистической, а правовой и международно-политической проблемы интерпретации международных договоров и многих национальных конституций в соотношении понятий Правового государства и Верховенства права.

Кроме того, будет неправильно говорить только о понятиях, так как нужно идентифицировать или разрабатывать доктрины. Правовые доктрины. У нас (кстати, как и в английском языке) не особо различают «концепцию» и «доктрину». Хотя, на мой взгляд, их можно и нужно разграничивать. Концепцию может выдвинуть любой ученый с обязанностью, конечно, мотивировать ее научными доводами. Когда же мы говорим о доктрине, следует ожидать систему научных взглядов, получившую определенное или всеобщее признание в академическом и практическом профессиональном сообществе. (Интересно, но, на мой взгляд, не совсем правильно написал профессор Николас Рус (Nicholas Roos) о правовом государстве как о «доктринальной концепции».)

² Posner R. *Overcoming Law*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1995, p. 492–497.

«Правовая доктрина» является обособленным термином английского языка. «Правовая доктрина является валютой права, — пишут американские профессора и продолжают, — зачастую доктрина в форме прецедента становится правом, по крайней мере, когда исходит от судов. Судебные мнения, высказанные при вынесении решения, создают правила или стандарты, которые составляют содержание правовой доктрины. Пока природа и влияние правовой доктрины недостаточно изучены. Академические юристы и политологи могут проводить интенсивные исследования в области права, но они в основном игнорируют достижения друг друга... Правовая доктрина устанавливает на будущее рамочные условия для решения судебных дел... Исследователи-юристы интенсивно рассматривают вопросы нормативного значения доктрины, но уделяют мало внимания тому, как она применяется на практике. Ученые других наук могут делать важную описательную работу реального функционирования судов, но в основном игнорируют значение правовой доктрины. Соответственно, мы создаем плохое понимание наиболее важного вопроса: как право функционирует в обществе».³ Конечно, эта интересная характеристика проблем, связанных с созданием и применением правовых доктрин, относится к прецедентной системе общего англосаксонского права. При этом нужно помнить и замечание Ричарда Познера: «Большинство судей лучше обращаются с фактами, чем с доктринами».⁴

Наши российские проблемы с правовой доктриной заключаются в почти полном отсутствии воли к ее созданию. Судьи у нас не создают прецеденты, а ученые-юристы не стремятся к такой высокой степени фило-

софско-правовой абстракции. Похоже, в России юристы в рамках юриспруденции не смогут разобраться с вопросами доктринального определения правового государства и верховенства права без активного участия философии права.

Применительно к США судья Познер пишет о «депрофессионализации правовых исследований», в первую очередь в сфере конституционного права.⁵ Он обратил внимание, что доктринальные исследования сокращаются, особенно среди молодых ученых в элитных юридических вузах, поскольку снизился уровень консенсуса в рамках профессии, а также потому, что результаты доктринальных исследований и их методология нередко ставятся под сомнение.

Познер пишет, что монополию «юридических доктриналистов» за последние 30 лет значительно потеснили экономисты, которые своим вторжением в область права «революционизировали профессиональное понимание» в сферах корпоративного права, финансового права, банкротств, антимонопольного регулирования, взяв многие отрасли права (включая конституционное право) под свою опеку.⁶ Влиянию континентальной традиции Познер приписывает усиление академической работы по интерпретации права с позиций философии права и моральной философии, а также с социальных позиций, в связи с чем ученые-юристы оказались в толпе политологов, философов, экономистов и социологов.⁷

«Конституционное право остается наиболее престижной сферой для академических юристов. Оно привлекает много способнейших доктриналистов. Но они потеряли свою главную аудиторию – судей. Они сейчас

³ *Tiller E. H., Cross F. B. What is Legal Doctrine // Northwestern University Law Review. 2006. Vol. 100, № 1, p. 518.*

⁴ *Overcoming Law, p. 195.*

⁵ *Overcoming Law, p. 84.*

⁶ *Overcoming Law, p. 84–85.*

⁷ *Overcoming Law, p. 86.*

пишут друг для друга... Во все возрастающей степени традиционные правовые исследователи неспособны отвечать на наиболее острые вопросы о праве».⁸

Эта картина, нарисованная одним из авторитетнейших судей высшего звена, крупнейшим теоретиком и философом права США, для нас скорее утешительна, так как дает надежду, что мы еще не опоздаем, если включимся в поток мировой юридической мысли. У них идет интенсивная научная междисциплинарная работа по нахождению новых путей, по которым право проникнет в наиболее острые проблемы современности. У нас продолжается затянувшаяся постсоветская доктринальная спячка. Но так же как они не смогли дать доктринальное объяснение своему верховенству права, так и мы далеко не ушли в создании доктринальных основ своего правового государства. А сейчас уже наша доктрина нужна им для определения своей, а нам нужно определять свою через систему координат совпадений и расхождений с верховенством права. Я бы предложил рассматривать понятие доктрины как более высокую и систематизированную разработку важного проблемного вопроса права по сравнению с понятием концепции. Доктрина, кстати, может включать в себя и несколько близких, но не полностью совпадающих концепций.

Российской доктринальной удачей, конечно, является конституционная экономика, развитая за последние уже почти полтора десятилетия. Наши экономисты отстали от юристов в осмыслении применения конституционной экономики к нашим российским реалиям.

Подход экономистов к любой проблеме имеет две особенности. Первая: любой вопрос они всегда рассматривают с двух сторон. По-английски выражение «с одной стороны — с другой стороны» выглядит как «under

⁸ Overcoming Law, ,p. 87–88.

one hand — under other hand» (с одной руки — с другой руки). В свое время президент США Линдон Джонсон требовал: «Найдите мне однорукого экономиста, который мог бы дать недвусмысленный, конкретный совет». Юристы тоже были бы рады подойти также «с одной руки — с другой руки», но от них всегда ждут определенных и однозначных ответов.

Вторая особенность и даже проблема заключается в том, что экономисты, немного свысока относясь к праву, в том числе конституционному, не вполне осознали, что конституционная экономика — это самостоятельная наука со своей методологией и терминологией, со своим понятийным аппаратом, со сложившимися традициями. Конституционно-правовую материю надо осваивать и воспринимать наравне с экономической, потому что только при этом условии можно осуществить настоящий комплексный анализ. Например, с подачи двух гарвардских экономистов, явно сделавших заявку на Нобелевскую премию, в конце первой декады XXI века возоблагодало мнение, что увеличение государственных расходов, связанное с увеличением государственного долга, прямой дорогой ведет к сокращению или даже прекращению роста экономики. Однако в 2013 году студент Томас Херндон из Массачусетского университета пересчитал знаменитых ученых. Здесь заслуживает цитаты отрывок из статьи Адрея Котова в апрельском номере газеты РБК Daily:

Профессора Гарварда Кеннет Рогофф и Кармен Райнхарт опубликовали свою работу «Рост во время долга» в 2010 году. В ней они изучили экономическую историю 20 ведущих развитых стран в 1946—2009 годах и пришли к выводу, что преодоление госдолгом отметки в 90% ВВП ведет к резкому замедлению роста экономики — в среднем до -0,1% ВВП. Этот вывод потом активно использовался, чтобы убедить политиков и общественность в необ-

ходимости жесткой экономии через повышение налогов и урезание госрасходов. Например, в ЕС к нему апеллировал еврокомиссар Мишель Барнье, а в США — глава бюджетного комитета конгресса США республиканец Пол Райан. Однако перепроверка исследования гарвардских профессоров показала, что высокий госдолг влияет на темпы роста не столь драматично. «Средние темпы реального роста ВВП в странах, где госдолг превышает 90% ВВП, вообще-то равен 2,2%, а не -0,1%», — сделали вывод студент Массачусетского университета Томас Херндон и профессора Майкл Эш и Роберт Поллин в своей работе «Действительно ли высокий госдолг системно снижает экономический рост: Критика Райнхарт и Рогоффа».

Все началось с задания, данного Херндону в рамках курса эконометрики. Использовать в качестве базы для своих расчетов он решил работу Рогоффа и Райнхарт, которую профессор Эш порекомендовал ему за «прямой подход». Однако его собственные подсчеты упорно не сходились с данными двух светил современной экономики. Он даже запросил у них рабочие версии таблиц Excel, на основе данных которых они написали свою работу, но и их перепроверка показала, что превышение госдолгом 90% ВВП ведет к замедлению среднего роста ВВП с 3,2% только до 2,2%.

По словам команды из Массачусетского университета, причина, по которой их гарвардские коллеги пришли к своему выводу, — в выборочном использовании данных, ошибках в расчетных формулах таблиц и «нестандартной» интерпретации итоговых данных.

Рогофф и Райнхарт первоначально заявили, что «только получили этот черновой комментарий и будут изучать его в рабочем порядке», а позднее признали только факт ошибки в расчетных формулах. «Однако мы не считаем, что эта прискорбная ошибка как-то серьезно меняет центральный посыл нашего (первоначального ис-

следования) и последующих работ», — отметили они в своем официальном заявлении, отвергнув все остальные претензии.

Критика двух гарвардских экономистов их коллегами из Массачусетса уже привела к дебатам в научной среде. «Насколько увеличилась безработица из-за арифметической ошибки Райнхарт и Рогоффа?» — задается вопросом глава Центра экономических и политических исследований Дин Бэйкер... Примечательно, что в 2001—2003 годах Рогофф был главным экономистом МВФ,..

В конце этой работы я обращаюсь к российской молодежи с призывом «быть реалистами — требовать невозможного», активно включаться в преобразование окружающей жизни, разумеется в рамках Конституции. Могу добавить: пересчитывайте формулы, не бойтесь авторитетов! Изучайте конституционную экономику!

В отличие от России развитие конституционной экономики на Западе несколько приостановилось, потому что оказалось, что там она не имеет особого практического значения. У американцев конституционная экономика, если можно так выразиться, в крови: Конституция для них — священный документ наравне с Библией. Они уважают основной закон, а если кто не уважает, того Верховный суд США всегда поправит — любого гражданина, включая президента, конгрессменов и сенаторов. Это во-первых. А во-вторых, западные общества, в отличие от нас, уже многие века живут в рыночной реальности, поэтому они понимают все ее нюансы. Есть определенный барьер между юридическим и экономическим подходами, но взаимное уважение и понимание присутствуют и без конституционной экономики.

У нас все намного хуже. Если экономику нельзя не уважать — хочешь не хочешь, а она диктует свои законы, то отношение к конституции — совсем другое дело. За-

чатки конституционного права возникли еще в царской России, когда был издан конституционный манифест. Потом, в период советской власти, у нас было несколько конституций, которые были красиво сформулированы, четко и ясно написаны, содержали всевозможные права, какие только есть в мире. Только осуществить их было нельзя — для этого не было реального механизма. И несколько поколений наших граждан привыкли, что конституция — это декоративный документ, его надо уважать, но он все равно не действует. А права и свободы, предусмотренные конституцией, тоже не действуют (напомню старый анекдот: разница между советской и американской конституциями заключается в том, что советская гарантирует свободу шествий, митингов и демонстраций, а американская — свободу *после* шествий, митингов и демонстраций). Тот факт, что сейчас в России есть Конституция, которую можно применять в жизни, недостаточно осознается гражданами, в том числе филологами и экономистами и даже некоторыми юристами.

Юристы не понимают, насколько использование Основного закона может помочь им в конкретных практических делах. Экономисты не понимают, что они живут в конституционном поле и понятия «выгодно», «невыгодно», «удобно», «неудобно» должны соизмеряться с конституционными положениями. Конституционная экономика рассматривает именно эти проблемы: изучение экономических вопросов и принятие решений с учетом действующих конституционных правил, а также применение конституции в соответствии с реальной экономической ситуацией.

Но каково должно быть это соответствие? Как определяется баланс и как надолго? В одной из телевизионных передач в прямом эфире с Евгением Григорьевичем Ясиным, тогда еще министром экономики, я что-то горячо доказывал (речь шла о Центральном банке, о финансо-

вых полномочиях), а Евгений Григорьевич, очень мудрый человек, сказал мне: «Знаете, Петр, в спорах юристов и экономистов, как правило, правы юристы, а побеждают экономисты, потому что если нет денег на осуществление какого-то права, значит, его и нельзя осуществить».

Конституция России (преамбула) требует, чтобы было процветание, благополучие, чтобы чттили память предков и т. д. Кроме того, есть статья, которая требует от правительства России принимать решения по экономической политике. Это те решения, которые правительство принимает на конкретный бюджетный год, — доход, расход, резервный фонд. Должно ли правительство разрабатывать экономическую стратегию? Должна ли эта стратегия простираться на пять, десять, тридцать, пятьдесят лет? Казалось бы, должна. Можно посмотреть, что делается по соседству, в Европе. Европейский Союз при-ял в свои ряды десять стран, в том числе три постсоветские прибалтийские республики. Европейским странам это экономически невыгодно. Однако страны Евросоюза смотрят в будущее. Экономическая стратегия рассчитывается на многие годы. Европейцы создали Евросоюз, в который включают новые государства не потому, что это выгодно им сегодня, а потому что это их экономическая стратегия, благодаря которой они собираются развиваться и выживать в XXI, XXII веках и далее. Соседи на Востоке идут еще дальше: в такой стране, как Китай, мыслят на столетия вперед: спокойно, хладнокровно. Известен ответ одного из видных китайских деятелей XX века на вопрос: «Что Вы думаете о Великой французской революции?» Он сказал: «Прошло еще слишком мало времени», хотя к моменту разговора после той революции прошло уже почти две сотни лет.

В бурном, мощном развитии Китая нет ничего случайного, как не случайно японское и корейское экономическое чудо. Китай обременен больше чем миллиардом

ртов. Япония — островное государство вообще без сырьевых ресурсов, со сравнительно небольшим населением, хотя уже сближающимся с численностью населения России. Тем не менее обе страны на глазах нынешних поколений стали экономическими гигантами. Россия, наоборот, из экономического гиганта превращается в слабое, зависимое от цен на имеющееся сырье государство.

Наступающий двадцатилетний юбилей нашего Основного закона — важный этап для оценки его потенциала на будущие годы и десятилетия переходного периода, часть из которых Россия может провести в обстановке серьезного экономического кризиса. Крайне важно собрать представителей разных специальностей для обсуждения комплексных проблем жизнеспособности Конституции России. Это позволит реализовать главную идею российской школы конституционной экономики о взаимосвязи экономического развития и долгосрочной правовой реформы, исследуемой совместными силами юристов и экономистов, а также представителей других научных направлений (философов, социальных психологов и политологов). С позиции такого универсального комплексного конституционализма надо обсуждать и проблемы дальнейшего действия Конституции РФ, ее будущего. Будущее имеет только конституция, где заложены перспективы, конституция, которая еще не может быть до конца реализована сегодня, но содержит в себе все необходимые возможности для того, чтобы быть реализованной завтра, послезавтра, через 50 или через 100 лет. Только такие конституции жизнеспособны. Конституция — важнейший и единственный духовный объединяющий документ — своего рода Библия, Декларация народного единства, народного духа. Видная фигура в утверждении конституционной экономики в современной России Г. А. Гаджиев в своих трудах очень удачно выстраивает мостик между гражданским, корпоративным и конститу-

ционным правом, а точнее, между внешне общечеловеческими абстрактными понятиями счастья, благополучия и справедливости и формализованным традиционным юридическим (в том числе цивилистическим) мышлением, по сути, показывая, что конституционное право и конституционная экономика являются главными опорами моста, соединяющего справедливость с правом и (главное!) с экономикой.

Систематичность, а значит, полнота и непротиворечивость экономического законодательства сама по себе обеспечивает эффективный нормативный антикризисный механизм. Конституция 1993 года содержит огромный потенциальный ресурс в развитии конституционно-экономических принципов. Конституционная экономика заложена в текст Конституции не только как гарантия рынка и прогрессивного современного экономического развития, но и как гарантия прав граждан на материальное благополучие.

Конституция является вершиной и одновременно фундаментом правовой системы, в том числе системы экономического законодательства. При этом цитируемый из западной науки термин *self-enforcement constitution* лучше перевести не как «жизнеспособная» или «самореализующаяся», а как «самоприменяющаяся» или (проще) «прямого действия» (как и написано в статье 15 Конституции РФ). Наш Основной закон может как восполнять пробелы законодательства и правовой системы, так и стать направляющей силой создания и реформирования правовой системы, соответствующей Конституции и обеспечивающей ее эффективное применение. Создание же в России правовой системы (как современной системы компьютерного века) возможно только в результате последовательной и целенаправленной деятельности государства или, проще говоря, непрерывной правовой реформы.

Возможно, всемирно признанная доктрина Верховенства права (*Rule of Law*) материализуется в России через конституционные принципы Правового государства и верховенства Конституции РФ. Она включает также вопросы конституционной экономики, прежде всего в контексте удовлетворения экономических и социальных прав личности путем взаимозависимости между уровнем развития демократии и благосостоянием страны, между правовым государством и благополучием его отдельных граждан. В Американской ассоциации юристов в попытке нахождения ответа собрали рабочую группу под руководством двух нобелевских лауреатов по экономике и в 2008 году поставили перед ними следующие вопросы:

— какими универсальными критериями определяются понятия «хорошая жизнь» и «благополучие» и как их адаптировать к понятию «верховенство права»? Каким образом можно адаптировать концепцию верховенства права к культурным и историческим особенностям разных стран?

— каково соотношение между верховенством права (пусть по-разному определяемым) и экономическим и социальным развитием? Какова взаимозависимость между верховенством права и социальным прогрессом?

— какие политические позиции следует отстаивать с учетом вышеуказанных взаимозависимостей? Как система верховенства права может способствовать продвижению в таких областях, как права человека, здравоохранение и образование?

— какова взаимозависимость между верховенством права и коррупцией и управлением вообще? Каким образом эффективная система верховенства права может развиваться при наличии коррупции и как она может повлиять на уменьшение коррупции?

— какова взаимозависимость между верховенством права и государственным регулированием экономики, включая банкротство, корпоративное и финансовое право, трудовые правоотношения и управление корпораций?

Консенсуса экспертов при ответах на эти вопросы не ожидается, целью является сама их постановка для выяснения возможностей современной науки ответить на них. Работа над ответами на поставленные вопросы может стать магистральным направлением конституционной экономики на ближайшие десятилетия и отражает новые научные тенденции XXI века. Пока же после нескольких лет исследований вышеуказанных вопросов именитые нобелевские лауреаты по экономике в рамках рабочей группы Американской ассоциации юристов не смогли дать развернутые и убедительные ответы, что объясняется не только сложностью исследования, но и, как мне кажется, недостаточным применением в нем методологии философии права и конституционного права.

В своей книжке «Путешествие из Москвы в Петербург и судьба российского конституционализма: о переезде Конституционного Суда Российской Федерации», а также в недавней статье, где я назвал планы переезда остальных высших судов шашечным «полудетским Чапаевым», я исчерпывающе высказался на эту тему. Не отказываясь от написанного, я все же хочу отметить, что легкое дыхание российского конституционализма не развеялось суровыми балтийскими ветрами над гранитом Английской набережной, а продолжается в бывшем особняке Лавалля, где писался декабристами проект первой конституции России, и в соединенном с ним здании бывшего Сената, у которого в 1825 году впервые народ громко приветствовал Конституцию (думая, что это имя жены нового императора Константина) и где за Консти-

туцию впервые пролилась кровь восставших солдат. Поэтому и День Конституции нужно было назначать на день декабристского восстания — 14 декабря, а не на почти соседнее безликое 12 декабря.

Эта книжка не претендует ответить на все сложные доктринальные вопросы. Скорее ее задача помочь такие вопросы сформулировать. Она составлена из объединенных одной темой эссе, некоторые из них написаны ранее, поэтому возможны повторы, которые, как мне кажется, помогают закрепить в памяти читателя наиболее важные мысли.



Суды стран с континентальной правовой системой, к которым принадлежит и Россия, должны применять принятые другими властями законы и другие нормативные акты, они не могут (не обучены, не наделены компетенцией, не хотят) создавать новые нормы права. В этих странах только, в основном к концу XX века, появились конституции 4-го поколения, ставшие как высшее право страны юридическим базисом для суда не применять «неправовые» законы, принятые с нарушением норм и принципов национальной конституции, а также моральных или международно-установленных правовых стандартов. Как правило, от имени судебной власти такие противоречия разрешают высшие суды или органы конституционного надзора, у нас — Конституционный Суд Российской Федерации.

Основной ресурс для пересмотра неконституционных действий властей заключен в конкретно указанных в тексте Основного закона доктрине, принципе, понятии Правового государства, которое теоретически в любой

конкретный момент дает возможность сравнить идеальный образ правового государства с существующей, нередко крайне мрачной, неправовой действительностью. Здесь *де-юре* и *де-факто* встречаются в постоянном диалектическом противоречии, из которого и вытекает конституционное и вообще любое развитие страны.

Правовое государство, исторически происходящее из немецкого *Rechtsstaat* — вероятно, высшего достижения немецкой философии права, — записано в текстах конституций и может в деталях, определяемых различием национальных правовых систем, варьироваться от страны к стране. Даже при беглом взгляде на правовую карту мира мы увидим, что в конституциях 20 европейских государств, где проживает свыше 400 миллионов, и 6 государств Латинской Америки, где проживает около 300 миллионов, как руководящее положение указано именно правовое государство. На английском языке оно должно звучать в буквальном переводе как *Legal State*, а как *Rechtsstaat* — только в официальном немецком языке конституций Германии и Швейцарии. И конечно, неправильно переводить это понятие как *rule of law* — верховенство права.

Например, в официальном юридическом испанском языке как самостоятельные стоят рядом понятия «правовое государство» — *Estado de Derecho* и «верховенство права» — *Imperio de la ley*. Различаются эти понятия и в Конституции Украины.

В Конституции Швейцарии есть на официальных итальянском, французском и немецком языках статья 5 «Принципы действий правового государства» следующего содержания:

1. *Основой и пределом государственных действий является право.*
2. *Государственные действия должны совершаться в публичных интересах и быть соразмерными.*

3. Государственные органы и частные лица действуют добросовестно.

4. Союз и кантоны соблюдают международное право.

Отсюда видно, что конституционалисты стран континентальной системы вкладывают в понятие правового государства содержание, которое нужно анализировать и признавать, а не смешивать с верховенством права, как, например, в неправильном переводе на английский названия данной статьи швейцарской конституции и во всех других конституциях, где употреблен термин «правовое государство».



На первом курсе юридического факультета Московского государственного университета мне казались очень скучными лекции по теории государства и права профессора Андрея Ивановича Денисова, который долго рассказывал, что юридические тексты нужно сначала толковать грамматически (лингвистически), потом логически, исторически и только после всех предшествующих уже давать юридическое толкование. Вспомнил я его с благодарностью через десятилетия, когда, представляя интересы Банка России, отстаивал в Верховном суде РФ правовую позицию, основанную на, как мне казалось, единственно правильном и очевидном лингвистическом прочтении текста закона о валютном регулировании. Когда две инстанции Верховного суда не разделили эту

позицию, у меня возникло странно-некомфортное чувство, что я на третьем десятке адвокатской работы не очень понимаю русский юридический язык. К счастью для меня, Президиум Верховного суда, в итоге, поддержал мою позицию, но ситуация надолго запомнилась, и я привожу этот пример практически в каждой лекции, которую загруженная адвокатская практика по случаю позволяет прочитать. Попробуем применить такой подход к толкованию термина верховенство права.

Перевод словосочетания Rule of Law с английского языка начинает создание той стены непонимания, которая отделяет наше юридическое сообщество от развитых англосаксонских правовых систем, где определение содержания доктрины верховенства права (только это правильный перевод!) тоже отличается не полной ясностью и разнообразием.

Практически все англо-русские словари переводят Rule of Law буквально и неправильно, идя по пути перевода law не как «право», а как «закон», и, соответственно, слова rule как «господство», «правление» и т. д. (Еще переводят как законность, власть (правление) закона, господство права, правовая норма, принцип господства права, равенство перед законом.) При этом не учитывается важное «технологическое» лингвистическое обстоятельство: в англо-американском праве прецедентное судебное решение равно закону, принятому конгрессом США, и поэтому термин law в английском языке в своем первом и главном смысле «право» включает и закон, и судебное решение. Каждый студент юридического факультета в англо-американской правовой системе знает значение Rule of Law как нового правила, четко установленного («black letter») в прецедентном судебном решении. Поэтому сведение термина «право» в его первом и основном значении к термину «закон» неоправданно при переводе. Порой переводят как «господство закона», а кто-то, сознательно

передернув, еще и вставляет в эту неразбериху «диктатура закона».

Но все же правильный перевод Rule of Law как «верховенство права», имеющий в виду в том числе и верховенство права над государством, имеет в профессиональной юридической литературе все более возрастающее значение и влияние.

ERSUS

Великобритания первой поставила подпись под Европейской конвенцией о правах человека 1950 года, где сказано «об общем наследии политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права». С последним, как с «общим наследием», существует отчетливая проблема. Эрик Юргенс — представитель Нидерландов в Парламентской ассамблее Совета Европы — нашел в 2007 году, что «вариантность в терминологии и понимании принципа верховенства права в Совете Европы и государствах — его членах производит впечатление конфуза». По его мнению, российская теоретическая и практическая трактовка термина как «верховенства закона» (и соответствующая в других странах бывшего СССР), с учетом их традиций тоталитарных государств, является формальной интерпретацией понятия «верховенство права» и противоречит сути этого принципа. Он указывает также на несовпадение терминов Rule of Law (верховенство права) и «правовое государство» (Rechtsstaat) и считает нужным устранить отсутствие ясности, «которое возникает из-за перевода правовых терминов в разных государствах — членах Совета Европы». Кроме того, Юргенс обратил внимание на неправильное понимание в России понятия «правовое государство», что затрагива-

ет уже доктринальное толкование важнейшего принципа Конституции РФ.

В связи с этим голландский депутат Парламентской ассамблеи Совета Европы Эрик Юргенс предложил принять разработанный им проект Резолюции Парламентской ассамблеи Совета Европы (Документ 11343 от 6 июля 2007 года «Принцип верховенства права»). Такой документ был принят, но в России не популяризируется, поэтому приведу здесь полный текст резолюции:

РЕЗОЛЮЦИЯ 1594 (2007)1

Принцип Rule of Law (верховенство права)

1. Понятие Rule of Law, воспринимаемое европейскими нациями как общая ценность и основополагающий принцип достижения большего единства, признано в Уставе Совета Европы в 1949 году. Это принцип наряду с принципами демократии и прав человека играет сегодня важную роль в Совете Европы и, в частности, в судебной практике Европейского суда по правам человека.

2. Европейский союз, ОБСЕ и их государства-члены также привержены принципам Rule of Law, демократии и прав человека. Так, принцип Rule of Law конкретно упоминается в договорах ЕС, в судебной практике Европейского суда, а также в Копенгагенских критериях 1993 года, касающихся присоединения к Европейскому союзу.

3. Несмотря на всеобщую приверженность этому принципу, различия в терминологии и в понимании этого термина как внутри Совета Европы, так и в его государствах-членах приводит к путанице. Так, во французском языке часто используется выражение «Etat de droit» (возможно, представляющее собой перевод известного в германской правовой традиции и во многих

других правовых системах термина *Rechtsstaat*), но оно отражает англоязычное понятие *Rule of Law* далеко не так точно, как выражение «*prééminence du droit*», причем именно это выражение используется во французском тексте Устава Совета Европы, в преамбуле Европейской конвенции о правах человека и в судебной практике Страсбургского суда.

4. Парламентская ассамблея обращает внимание на тот факт, что в некоторых молодых демократических государствах Восточной Европы юристы в основном склоняются к пониманию термина *Rule of Law* как «*supremacy of statute law*», т.е. «верховенство закона». Однако термин *Rule of Law* следует переводить на русский как «верховенство права», так же как правильным переводом термина *Rule of Law* на французский язык является «*prééminence du droit*», а не «*prééminence de la loi*». (аналогичным образом термины «*recht*» и «*droit*» в выражениях *Rechtsstaat/Etat de droit* следует переводить на русский как «право»). Перевод термина *Rule of Law* как «верховенство закона» вызывает серьезную озабоченность, поскольку в некоторых этих странах все еще присутствуют, несмотря на верховенство права, определенные традиции тоталитарного государства как в теории, так и на практике. Такая формалистическая интерпретация терминов *Rule of Law* и *État de droit*, а также *Rechtsstaat* противоречит сути как понятия *Rule of Law*, так и понятия *prééminence du droit*. Несомненно, в этих случаях имеет место недопустимая непоследовательность и нечеткость при переводе юридических терминов на языки государств-членов.

5. Ассамблея подчеркивает необходимость обеспечения единообразного толкования принципов законности и отправления правосудия, которые содержат одни и те

же основные элементы, присутствующие, в частности, в судебной практике Европейского суда по правам человека, в какой бы формулировке эта концепция ни использовалась в настоящее время в Совете Европы.

6. С учетом изложенного Ассамблея:

6.1. Подчеркивает, что термины *Rule of Law* и *prééminence du droit* представляют собой субстантивные правовые концепции, которые являются синонимами и должны рассматриваться в качестве таковых во всех английских и французских версиях документов, выпускаемых Ассамблеей, а также в государствах-членах в официальном переводе;

6.2. Полагает, что данный вопрос заслуживает дальнейшего изучения при содействии Европейской комиссии «За демократию через право» (Венецианская комиссия).

Итак, в Совете Европы после полувека лингвистического и не только «конфуза», связанного с неправильным переводом *Rule of Law* (верховенство права) на другой официальный язык, французский, как *Etat de droit* (правовое государство), разобрались и нормативно установили перевод как *prééminence du droit*. Одновременно дали такую установку по терминологии Европейскому суду по правам человека.

Но в Организации Объединенных Наций, где французский тоже является официальным языком, продолжают переводить по-старому, и «конфуз», говоря словами Юргенса, продолжается во всемирном масштабе.

- Б . ,

Приведем наиболее важные с нашей точки зрения места из последнего посвященного верховенству права документа ООН:

Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях

Мы, главы государств и правительств и главы делегаций, собрались в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке 24 сентября 2012 года для того, чтобы подтвердить нашу приверженность верховенству права и его основополагающему значению для политического диалога и сотрудничества между всеми государствами и продолжить разработку трех основных составляющих элементов, на которых зиждется Организация Объединенных Наций: международный мир и безопасность, права человека и развитие. Мы согласны, что руководством для наших коллективных действий в ответ на проблемы и возможности, возникающие в результате многих сложных политических, социальных и экономических преобразований, должно быть верховенство права, поскольку оно является основой дружественных и равноправных отношений между государствами, а также основой строительства справедливых и равноправных обществ.

1. Мы подтверждаем свою неизменную приверженность целям и принципам Устава Организации Объединенных Наций, международному праву и правосудию, а также международному порядку на основе верховенства права, которые являются неотъемлемой основой более мирного, процветающего и справедливого мира.

2. Мы признаем, что верховенство права относится в равной степени ко всем государствам и международным организациям, включая Организацию Объединенных Наций и ее основные органы, и что уважение и поощрение верховенства права и правосудия должны служить руководством во всех видах их деятельности и обеспечивать предсказуемость и легитимность их действий.

Мы также признаем, что все люди, учреждения и организации, как общественные, так и частные, включая сами государства, несут ответственность перед справедливыми, беспристрастными и основанными на равноправии законами и имеют право без какой-либо дискриминации на равную правовую защиту.

...4. Мы подтверждаем обязанность всех государств урегулировать их международные разногласия мирными средствами, в частности на основе переговоров, запросов, услуг доброй воли, посредничества, примирения, арбитража и судебных решений или другими мирными средствами по их выбору.

5. Мы подтверждаем, что права человека, верховенство права и демократия являются взаимосвязанными и взаимоусиливающими и что они относятся к универсальным и неделимым основным ценностям и принципам Организации Объединенных Наций.

...7. Мы убеждены в том, что верховенство права и развитие тесно взаимосвязаны и являются взаимоусиливающими, что поощрение верховенства права на национальном и международном уровнях имеет особо важное значение для устойчивого и всеохватывающего экономического роста, устойчивого развития, искоренения нищеты и голода и полного осуществления всех прав человека и основных свобод, включая право на развитие, все из которых, в свою очередь, усиливают верховенство права, и по этой причине мы убеждены в том, что взаимозависимость должна рассматриваться в рамках по-

вестки дня, касающейся международного развития после 2015 года.

8. Мы признаем важность справедливой, стабильной и предсказуемой юридической основы для обеспечения всеохватывающего, устойчивого и равноправного развития, экономического роста и занятости, инвестирования и предпринимательства, и в этой связи мы высоко оцениваем деятельность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в деле модернизации и урегулирования права международной торговли.

...10. Мы признаем прогресс, достигнутый странами в деле поощрения верховенства права в качестве составной части их национальных стратегий. Мы также признаем, что для международных норм и стандартов характерны общие черты, которые находят отражение в широком разнообразии национального опыта в области верховенства права. В этой связи мы подчеркиваем важность поощрения распространения национальной практики и всеохватывающего диалога.

11. Мы признаем важность национальной самостоятельности в вопросах верховенства права, укрепления институтов правосудия и безопасности, к которым обеспечен доступ и которые учитывают потребности и права всех людей и укрепляют доверие, поощряют социальное единство и экономическое процветание.

12. Мы подтверждаем принцип благого управления и выражаем приверженность оказанию эффективных, справедливых, недискриминационных и равноправных общественных услуг, связанных с верховенством права, включая уголовное, гражданское и административное правосудие, урегулирование коммерческих споров и юридическую помощь.

13. Мы убеждены в том, что независимость судебной системы, включая ее беспристрастность и

целостность, является важнейшим необходимым условием обеспечения верховенства права и того, чтобы в процессе отправления правосудия отсутствовала дискриминация.

...14. Мы подчеркиваем право равного доступа к системе правосудия для всех, включая членов находящихся в уязвимом положении групп, а также важность повышения информированности о юридических правах, и в этой связи мы заявляем о своих обязательствах принимать все необходимые меры для оказания справедливых, транспарентных, эффективных, недискриминационных и подотчетных услуг, которые способствуют доступу к системе правосудия для всех, включая юридическую помощь.

...18. Мы подчеркиваем важность верховенства права в качестве одного из основных элементов предотвращения конфликтов, миростроительства, урегулирования конфликтов и деятельности по поддержанию мира и подчеркиваем, что правосудие, включая обеспечение правосудия на переходном этапе, является основным залогом устойчивого мира в странах, переживающих конфликт, и в странах, оказавшихся в постконфликтной ситуации, и подчеркиваем необходимость того, чтобы международное сообщество, включая Организацию Объединенных Наций, оказывало помощь и содействовало таким странам по их просьбе, поскольку они могут сталкиваться с особыми проблемами на переходном этапе.

...21. Мы подчеркиваем большое значение комплексного подхода к правосудию переходного периода, включающего полный набор судебных и несудебных мер, в целях обеспечения подотчетности, справедливости, защиты жертв, содействия залечиванию ран и примирению, создания независимых органов надзора за системой безопасности и восстановления доверия к институтам государ-

ства, а также в целях содействия верховенству права. В этой связи мы подчеркиваем, что процессы установления истины, в том числе расследования прошлых нарушений международных норм в области прав человека и норм в области международного гуманитарного права, а также их причин и последствий, являются важными инструментами, которые могут дополнять судебные процессы.

...25. Мы убеждены в негативных последствиях коррупции, которая препятствует экономическому росту и развитию, подрывает доверие общественности, легитимность и транспарентность и мешает принятию справедливых и эффективных законов, а также их применению, обеспечению соблюдения и судебному толкованию, и по этой причине подчеркиваем важность верховенства права в качестве важнейшего условия пресечения и предотвращения коррупции, в том числе благодаря укреплению сотрудничества между государствами в уголовных делах.

...27. Мы признаем позитивный вклад Генеральной Ассамблеи, которая является главным совещательным и представительным органом Организации Объединенных Наций, в обеспечение верховенства права во всех его аспектах в виде политики и установления стандартов, а также благодаря прогрессивному развитию международного права и его кодификации.

...34. Мы признаем важнейшую роль парламентов в обеспечении верховенства права на национальном уровне и приветствуем взаимодействие между Организацией Объединенных Наций, национальными парламентами и Межпарламентским союзом.

...38. Мы подчеркиваем важность международного сотрудничества и предлагаем донорам, региональным, субрегиональным и другим межправительственным организациям, а также соответствующим действующим лицам, представляющим гражданское общество, вклю-

чая неправительственные организации, оказывать, по просьбе государств, техническую помощь и содействовать укреплению потенциала, в том числе в области просвещения и подготовки специалистов по вопросам верховенства права, а также проводить обмен накопленным опытом обеспечения верховенства права на международном и национальном уровнях.

...42. Мы отмечаем усилия по укреплению верховенства права путем взятия на себя добровольных обязательств в рамках данного заседания на высоком уровне и просим государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о взятии на себя таких обязательств в индивидуальном или коллективном порядке на основе своих национальных приоритетов, включая обязательства, направленные на обмен знаниями и передовым опытом и на укрепление международного сотрудничества, включая региональное сотрудничество и сотрудничество Юг-Юг.

Здесь приведен текст официального перевода с английского на русский, который является одним из официальных языков ООН. Оставляю в стороне погрешности перевода (например «благое управление»), которыми сейчас занялось московское отделение молодых юристов Ассоциации юристов России во главе с Дмитрием Кравченко. Подчеркну только, что такие ошибки в правовых текстах ООН мешают восприятию российским юридическим сообществом и гражданским обществом содержания важнейших документов ООН.

То, как определили европейские парламентарии термин «верховенство права», говорит только о праве и не включает понятие «государство», тогда как в термине «правовое государство» (Etat de Droit) понятие «государство» является ключевым. Отмечу, что через шесть лет после того, как Парламентская ассамблея Совета Европы в 2007 году уточнила правильный перевод вер-

ховенства права (Rule of Law) на французский язык, его в ООН очередной раз перевели неправильно: как правовое государство (Etat de Droit). Упорство ООН в продвижении доктрины верховенства права требует от всех стран серьезной работы по его единообразному толкованию, а от самой ООН — строгого внимания к лингвистической точности.

Начнем с истории более близкого к нам понятия «правовое государство». Появившись впервые на немецком языке как Rechtsstaat, термин быстро нашел адекватный перевод на все основные европейские языки (etat de droit, estado de derecho, Rättsstat, stato di diritto, правовое государство), кроме английского. Эта лингвистическая проблема положила основу для последующего смыслового непонимания.

Термин «правовое государство» произошел от немецкого слова «Rechtsstaat», обозначившего в конце XVIII века доктрину, выдвинутую в поздних работах Иммануила Канта, увязавшего существование такого государства с верховенством конституции страны и подчиненностью ей действий государства. При этом, по мнению Канта, конституция должна ставить целью государства обеспечение мирной счастливой жизни его граждан при условии обеспечения прав их собственности.

Под влиянием идей Иммануила Канта (1724–1804) и при его жизни Иоганн Петерсен (Johan Wilhelm Petersen), писавший под псевдонимом Плакидус (Placidus), применил впервые термин Rechtsstaat, который после опубликования в 1813 году книги Die Letzte Grunde von Recht, Staat und Strafe был подхвачен немецкими правоведами.

Непосредственные последователи Канта, как практические теоретики типа профессора, парламентария и министра юстиции Роберта фон Моля либо просто «кантианцев в жизни» германского политика Штейна и итальянца Кавура, сыграли огромную роль в развитии основанного на Канте конституционализма в Европе XIX столетия. Однако их идеи никогда не посягали на применение антимилитаристских принципов правового государства, которые, по Канту, являются одним из столпов настоящего правового государства.

Поэтому военизированные конституционные идеи «пруссско-полицейского Rechtsstaat» при всей их временной юридической прогрессивности ничем не помешали созданию нацистской Германии. Можно сказать, что за вычетом кантовской составляющей Rechtsstaat может превратиться в Третий рейх. Только после разгрома 1945 года в послевоенной конституции ФРГ родина Канта вернулась к его истинной идее правового государства. До этого Пруссия, а затем Германия до середины XX века развивались на базе того, что у нас сейчас в России нередко довольно безапелляционно называют «диктатурой закона» или «верховенством закона» и при этом навязывают этот подход научной общественности и, что хуже, — молодежной аудитории как синоним понятия правового государства. Сюда же можно отнести распространенные у нас исторические экскурсы к «правовому государству древних Греции и Рима», которые вообще размывают доктрину кантовского правового государства и затуманивают ее происхождение.

В России процесс формирования философии права был и продолжает быть осложнен стремлением поставить закон впереди права, стремлением почти всегда тиранической российской власти самим фактом принятия ею закона поставить этот закон выше морали, нравственности, самой человеческой жизни. Как говорит Дзержин-

ский в разоблачительном по сути стихотворении Эдуарда Багрицкого «ТВС»:

Но если он скажет: «Солги», — солги.

Но если он скажет: «Убей», — убей.

С этими законодательными и моральными установками и прожили десятилетия советского периода.

В англосаксонской терминологии аналогом «правового государства» часто называют Rule of Law — «верховенство права». Однако следует отметить их не полное совпадение и самостоятельность понятия «правовое государство», которое поэтому переводят на английский как «The Legal State».

В июле 2007 года состоялся международный симпозиум, проведенный Конституционным Судом РФ совместно с российской и московской адвокатурой, а также Международной ассоциацией юристов (International Bar Association). На симпозиуме обсуждалось соотношение понятий «правовое государство» и «верховенство права» (Rule of Law). При публикации материалов симпозиума в виде отдельной книги при переводе на английский язык два понятия объединились в одну формулу: «правовое государство — это государство верховенства права» (Rule-of-Law State). Президент Международной ассоциации юристов (МАЮ) Фрэнсис Нит в книге, опубликованной в 2009 году по итогам шести конференций и симпозиумов по верховенству права, не придав значения немецкой доктрине Rechtsstaat, уважительно отозвался о российской доктрине правового государства и отметил, что ее надо изучать во взаимосвязи с верховенством права. Однако, по его мнению, для сравнения двух доктрин нужно «определить существенные характеристики «правового государства»⁹. На мой взгляд, это стало результатом

⁹ The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe, General Editor Francis Neat, LexisNexis, London, 2009. P. 5.

выступлений В. Д. Зорькина и представителей московской адвокатуры, которые потом письменно были обобщены в статье Г. М. Резника, приведенной полностью в упомянутой книге МАЮ.

Твердая позиция московской адвокатуры о необходимости не ограничиваться чисто юридическим анализом, а уделять больше внимания возникающим экономическим проблемам была уважительно воспринята лордом Томом Бингхамом в книге «Верховенство права»¹⁰.

К сожалению, не получил развития совместный проект Адвокатской палаты Москвы и элитного Совета барристеров Англии и Уэльса при участии адвокатуры Франкфурта по подготовке совместного исследования о соотношении всех трех доктрин: верховенства права, немецкого Rechtsstaat и российского правового государства, хотя председатель Совета барристеров Питер Лоддер в своей статье, опубликованной в октябрьском номере журнала «Адвокат» за 2011 год, особо подчеркнул важность, которую англичане придают этому совместному проекту. В 2013 году Адвокатские палаты городов Москвы и Санкт-Петербурга совместно с Федеральной палатой адвокатов России и Междисциплинарным Центром философии права начали похожий масштабный издательский проект.

В 2007 году российская сторона совместного симпозиума с МАЮ, как мне кажется, не готова была признать очевидную правовую реальность: правовое государство и верховенство права — это близкие, но не совпадающие концепции. Мы не хотели отделять себя от общемировой англосаксонской доктрины верховенства права и поэтому не сделали достаточный упор на собственную, включенную в текст Конституции РФ доктрину правового государства. В первую очередь потому что она у нас

¹⁰ Bingham T. The Rule of Law. London, 2010. P. 172.

существует как буква Конституции, но не как развитая научная доктрина. Более того, в целом в России такие научные направления, как теория государства и права, философия права и конституционное право, вообще не идентифицируют эту проблему, почему при составлении соответствующих учебных курсов без всяких оснований предполагается, что студенты должны быть уже знакомы с понятием «правовое государство».

Термин «верховенство права» моложе правового государства, поскольку впервые был в таком словосочетании Rule of Law теоретически объяснен в книге оксфордского профессора Альберта Дайси (Albert Dicey, 1835-1922) «Введение к изучению конституционного права», опубликованной в 1885 году. До этого он использовался без подробных объяснений судьей Блэкбурном в 1866–1867 годах.

Дайси выделил три момента в своей интерпретации нового термина:

1. К уголовной ответственности можно привлечь только в случае нарушения четко установленного правового правила и только в обычных (нечрезвычайных) судах.
2. Верховенство права означает не только, что никто не выше права, но и привлечение к ответственности в обычных судах любых лиц, независимо от их ранга.
3. Верховенство права употребляется в смысле «преобладания правовой духовности», характерной именно для Англии, где базисные принципы неписаной конституции страны вытекают из судебных решений по конкретным делам в противоположность конституционной практике других государств.

Далеко не все разделяют сейчас вышеприведенное определение Верховенства права. Как написал австралийский правовед Иэн Стюарт, определение Дайси не распространяется за пределы Англии или стран общего англо-американского права.

Главный и самый знаменитый в истории Великобритании судья по количеству занятых за свою судебную карьеру высших должностей лорд Том Бингхам написал в 2010 году, что в 2006 году, за два года до своей пенсионной добровольной отставки и после четверти века судебной работы, он выбрал для предложенной ему лекции тему «Верховенство права». Мотивы для этого выбора поразительны: «Я выбрал эту тему, поскольку выражение «верховенство права» постоянно у всех на устах, но я не был абсолютно уверен, что оно означает, как не был уверен, что все, кто его использует, понимают, что оно значит, или понимают его одинаково».¹¹

Использование «верховенства права» как термина (да что термина, доктринального понятия!), столь серьезно «недоопределенного» в Декларациях ООН и других международных документах, исторически включенного туда по инициативе именно англо-американских юристов, на фоне такого признания вызывает вопросы. Встают вопросы адекватного понимания, единообразного понимания, требования точности и определенности правового понятия, предлагаемого для использования во всех правовых системах мира. В 2005 году, за год до выбора лордом Бингхамом темы упомянутой лекции, Международная ассоциация юристов (International Bar Association) и Американская ассоциация юристов (American Bar Association) начали всемирное движение за внедрение в жизнь принципа верховенства права. Думаю, лидеры обеих организаций осознали то же самое,

¹¹ *Bingham T. The Rule of Law. London, 2010, p. VII.*

что и лорд Бингхам. XXI столетие и начало третьего тысячелетия, по всей видимости, станут эпохой определения юридического значения и смысла верховенства права и проведения его в жизнь в англоязычных странах, составляющих, считая Индию и Пакистан, добрую треть всего человечества. Этот же период времени ознаменуется формулированием доктрины правового государства для стран континентальной правовой семьи, которая, включая Европу, Латинскую Америку, Японию, возможно, Китай, составляет примерно остальные две трети. Похоже, что современное формулирование обеих доктрин взаимозависимо и не может быть произведено одно без другого.

Взаимовлияние, конечно, имеет место. Можно привести это на примере определения самого верховенства права в английской правовой системе. Навязав (в хорошем смысле этого слова) человечеству это понятие со времен Декларации ООН 1948 года, сами англичане впервые употребили его в законодательном тексте только в 2005 году. В Законе о конституционной реформе 2005 года указано, что этот закон не меняет «существующий конституционный принцип верховенства права» и «существующую конституционную роль лорда-канцлера в отношении этого принципа». В другом разделе этого же конституционного закона указано, что «лорд-канцлер при вхождении в должность клянется в уважении к верховенству права и защищает независимость судей». Как пишет Том Бингхам, можно было бы ожидать от авторов акта определения в самом тексте, что такое верховенство права. Но авторы проекта, как пишет Бингхам, «осознавали чрезвычайную трудность формулирования четкого определения для включения в текст закона. Они разумно могли принять за лучшее опустить определение и предоставить судам сформулировать этот термин в своих последующих решениях. При таком подходе верховенство

права не будет один раз и навсегда определенной абстрактной юридической формулой, но сможет через свои определения в конкретных судебных решениях соответствовать требованиям каждого конкретного времени и каждой новой ситуации, поставленной жизнью».¹² Однако доктрина верховенства права по своему значению настолько переросла границы Британии, что предложение дожидаться прецедентных решений английских судов, при всем уважении, вероятно, останется без внимания.

Стоит также отметить, что Бингхам не понял экономическую составляющую верховенства права, не знает понятия правового государства и, как и подавляющее большинство, не знает, что доктрина правового государства формировалась Кантом под непосредственным влиянием величайшего английского философа Дэвида Юма.

Важно понять истоки и составляющие части самой доктрины правового государства, для чего следует вспомнить ее далеко не всем известных «отцов» – Дэвида Юма и Иммануила Канта.

О Дэвиде Юме (1711–1776) говорят как о величайшем философе, «писавшем на английском». Юм считал англичан (сам он был шотландцем) величайшими философами всех времен и народов (как итальянцев, например, в сфере искусства). Вряд ли с этим утверждением согласился бы Иммануил Кант (1724–1804), признававший только Юма в качестве философа, оказавшего на него решающее влияние, отмечая, что Юм «занимает высшее место» как пример созерцательной жизни философа. Взаимосвязь двух великих философов позво-

¹² *Bingham T.*, p. 7–8.

ляет оценить важнейшее значение Юма для развития философии права.

Повторяя мнение Канта, что Юм остался непонятым, профессор Кембриджского университета Саймон Блэкберн пишет: «Юм всегда понимался неправильно»¹³. При этом сам Блэкберн в книге «Как читать Юма», претендующей на краткий обзор основных идей шотландского философа, не упоминает о его важнейших конституционно-правовых идеях, тех самых, под влиянием которых Кант сформулировал доктрину правового государства *Rechtsstaat*.

Третий президент США Томас Джефферсон в свое время изъясил книги Юма из библиотеки Университета Вирджинии за, по его мнению, консерватизм содержания, тогда как четвертый президент США Джеймс Мэдисон вдохновлялся идеями Юма, особенно при написании статьи «Федералист № 10», названной впоследствии в числе двадцати наиболее важных публикаций за всю историю страны. Шотландцы, имея довольно богатый выбор, признали Юма самым знаменитым шотландцем второго тысячелетия. Профессор Оксфордского университета Дж. Харрис в книге «Правовые философии» хотя и приводит Юма (игнорируя Канта, но включая Маркса) в списке крупнейших философов права, но только 4 раза упоминает его имя на 300 страницах мелкого шрифта.¹⁴

Еще более мелким шрифтом издана 600-страничная англо-американская хрестоматия «Философия права», где идеям Юма уделено очень мало внимания, что совсем не компенсируется кратким анализом профессора Ларри Мэя, который подчеркнул значение идей Юма для современной философии права в вопросе преем-

ственности публичных правовых обязательств при смене поколений.¹⁵

Президент Королевского института философии Антони Квинтон отметил: Юм может быть назван «Ньютоном гуманитарных наук»¹⁶. Одновременно этот автор не находит, по его собственному замечанию, в своей небольшой обзорной книжке «Юм» места для изложения идей по эстетике и экономике.¹⁷ Нам неясен этот отказ от изложения экономических, а по сути правовых, конституционно-экономических идей о взаимосвязи экономического развития с качеством управления государством, свободой и безопасностью личности.

Основатель политической экономии Адам Смит (1723–1790) писал об идеях Юма как первых в истории человеческой мысли, называя того «наиболее знаменитым философом своего времени».¹⁸

По мнению упомянутого профессора Харриса, в современном английском языке понятия «юриспруденция», «философия права» и «правовая теория» (по-русски, видимо, теория государства и права) сливаются, поэтому бороться за их строгое различие — непродуктивная задача.¹⁹ Но что хорошо англичанину, совершенно необязательно правильно для России, которая своей философией права до конца XIX века не имела, а возникавшая в тот период тенденция к ее развитию была прервана в 1917 году.

Следует отметить опять же англоязычную тенденцию выделять как основное понятие «политическую фи-

¹⁵ *Philosophy of Law* / Ed. by May L. and Brown J. Malden. USA, Oxford, UK, 2010, p. 55–57.

¹⁶ *Quinton A. Hume*. New York, 1999. P. 10.

¹⁷ *Quinton A. Hume*. New York, 1999. p. 10, 58.

¹⁸ *Smith A. The Wealth of Nations*. New York, 2003., p. 520, 997.

¹⁹ *Harris J. Legal Philosophies*. Oxford, 2004.

¹³ *Blackburn S. How to Read Hume*. London, 2008. P. 2.

¹⁴ *Harris J. Legal Philosophies*. Oxford, 2004.

лософию», включая в него философию права. Конечно, между ними нет непреодолимой границы, но современные юристы держатся в отдалении от требующей энциклопедической эрудиции философии права и фактически стали мало участвовать в ее разработке. Это облегчает поглощение философии права общим понятием «политическая философия». При этом не вполне учитываются и размываются важные правовые принципы, особенно там, где речь идет о доктринах правового государства и верховенства права.

Кроме того, в философию права не в полной мере включают вопросы государства, относя их к политической теории. Даже в некоторых отечественных признанных работах по философии права ее предметом называют только познание права, а имя Юма вообще не упоминают. Российские авторы невольно идут за англоязычными правовыми философами, которые понятие «государство» (state) используют в основном применительно к международному праву, а рассуждая о внутренней правовой системе, используют термин *government*, обычно переводимый на русский как «правительство». Термин *state* используют чаще всего в юридическом «американском английском» языке в значении «правовой статус», затем «штат» — субъект федерации в США, и реже — как «государство» в нашем смысле этого слова. В связи с этим возникает непонимание при переводах, искажающее различие между доктриной российского правового государства из Конституции РФ и немецкого кантовского *Rechtsstaat* из Конституции Германии, с одной стороны, и англо-американской доктрины верховенства права — с другой.

Дэвид Юм стал учителем Канта, который, в свою очередь, сформулировал доктрину правового государства. Главное, что я хотел показать сейчас, — это заимствование Кантом у Юма понятия «конституция», которое

в английском праве и философии права было тогда уже достаточно определенным. Оно и в наше время соответствует современной разновидности «неписаной конституции» как конгломерата основополагающих законодательных актов и судебных решений, что и сейчас в наше время характеризует Конституцию Великобритании и еще примерно десятка государств. Неписанные конституции имеют тот же правовой статус, что и писанные, история которых началась с Конституции США и продолжилась принятием за последующие 220 лет еще не менее пяти сотен версий писанных конституций, уже более чем в 200 странах мира.

Кант знал о том, что такое конституция, еще от Юма, а затем — по текстам принятых при его жизни конституций США и Франции. Поэтому он использовал немецкий термин *Verfassung* в правовом смысле понятия «конституция». К сожалению, все русские переводы Канта за 200 лет прошли мимо этого очевидного значения *Verfassung*, что не могло не сказаться на точном понимании Канта. Более того, русские переводы Юма в отдельных местах пошли по тому же пути. Например, в эссе с ироничным (эта ирония ушла при переводе) названием *That Politics May Be Reduced to a Science*, где он говорит о «преимущество одной конституции перед другой» (*one constitution above another*), перевод меняет (в 3-м томе сочинений Юма, М., 1996, с. 15) «конституцию» на «строй».

Далее, переведя несколько раз термин *constitution* правильно, на с. 24 его представляют «устройством». После этого Юм до конца этой важнейшей для развития конституционной мысли работы 12 раз употребляет термин *constitution*, который ни разу правильно как «конституция» не переводится (то «порядок», то «строй»). Искажение перевода приводит к искажению смысла, но здесь, как и в случае с Кантом, не является ошибкой конкретных переводчиков, а отражением общего конститу-

ционно-правового нигилизма, усиленного своего рода недостаточной (выразимся так) конституционной подготовленностью.

Неписаная конституция Англии представляет собой тот же набор конституционных принципов и норм, но установленных не отдельным единым документом, а различными законодательными актами и судебными решениями.

В соответствии с «Оксфордским словарем» понятие «английская конституция» в его современном смысле окончательно сформировалось между 1689 и 1789 годами. Первая дата, на мой взгляд, соответствует возвращению Джона Локка из голландской эмиграции и публикации в Лондоне в 1790 году его великой конституционной книги «Два трактата о правлении». А к 1789 году были приняты первые в современном значении этого слова писанные конституции США и Франции, после чего английская конституционная мысль осознала в полной мере обособленность и особенность своей неписаной конституции. Творчество Юма пришлось на период формирования современного смысла понятия английской конституции, и он внес в этот процесс существенный и мало пока оцененный даже его соотечественниками вклад. Вторая сторона его исторической роли в развитии философии права и конституционализма также не вполне осознана даже англо-американскими авторами, поскольку выразилась в его влиянии на Канта, а через того — уже на формирование континентальной доктрины правового государства.

Понимание процесса формирования неписаной английской конституции должно много добавить к развитию конституционализма и основанной на конституционализме доктрине правового государства.

У нас продолжают недооценивать Иммануила Канта как автора доктрины правового государства, так же как и его утверждение, что история будущего созидает-

ся сегодня, и не на базе достигнутого опыта о плачевных или положительных результатах предшествующей деятельности, а на основе некоего конституционного идеала, который может восприниматься аксиоматично, априори, ввиду его бесспорности (например, достижение мирного и благополучного существования всех людей под эгидой единой конституции).

Кант в «Критике чистого разума» вплотную подошел к вопросу, что понятие «счастье» должно найти юридическое определение, с тем чтобы право на счастье (или, как в Конституции РФ, — «благополучие и процветание») было рассмотрено как *quid juris* (вопрос о праве), а не с позиций «всеобщей снисходительности». Современному конституционному праву известен пример, когда Королевство Бутан, где, кстати, как и в Англии, действует неписаная конституция, провозгласило в начале XXI столетия счастье своих граждан главной конституционно-правовой ценностью государства и даже попыталось рассчитать «коэффициент счастья» на душу населения, осуществляя, в какой-то мере, идею Канта, предлагавшего перевести понятие «счастье» на язык конкретных правовых категорий, позволяющих контролировать применение государством своей же конституции²⁰. Один из крупных современных философов заметил: Кант доказывает свои мысли, как адвокат в судебном процессе.

Юм заложил базу для важнейшего тезиса о равенстве государства и гражданского общества, скорее даже о подчиненности государства нуждам гражданского общества. Без этого великого положения вся конструкция доктрины правового государства остается непонятой, в том числе до наших дней. Конституция страны, по Юму и за

²⁰ Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики. М.: Московско-Петербургский философский клуб, 2010.

ним – Канту, является главным правовым фундаментом правовой государственности. Можно говорить, что Юм внес самостоятельный вклад в доктрину правового государства.

Правовое государство может быть определено не само по себе, а через его взаимоотношения с обществом. Конечно, гражданским, потому что ни при каком другом правовое государство не может существовать. Так же как и гражданское общество не может развиваться в полном масштабе, если государство не является правовым.

Поэтому все определения в учебниках, гласящие, что государство является формой организации общества, неверны по отношению к любому современному государству и вдвойне неверны для характеристики правового государства. Не могут рассматриваться как пригодные для объяснения природы правового государства повсеместно распространенные определения типа: «Государство — это политическая организация общества, которая распространяет свою власть на всю территорию страны и ее население, располагает для этого специальным аппаратом управления, издает обязательные для всех веления и обладает суверенитетом».

Гражданское общество является равноправным партнером правового государства, которое не организует его, а дополняет и защищает. Эта мысль четко высказана Дэвидом Юмом. Разделение понятий «общество» и «государство» можно считать первым шагом к осмыслению понятия «правовое государство». Дэвид Юм учился праву и даже unsuccessfully пытался применить свои знания после окончания университета для короткой правовой карьеры. Через много десятилетий, будучи почетным и зажиточным жителем Эдинбурга, он сдавал один из принадлежащих ему домов. Его арендатор сдал дом в субаренду, а новый жилец за свой счет произвел ремонт, возврат средств за который после окончания договора субаренды

он потребовал с собственника. Юм категорически возражал, утверждая, что он ремонт не заказывал и не санкционировал. Тем не менее суд взыскал с него требуемые деньги, поскольку было доказано, что ремонт был необходим и улучшил состояние дома. Этот суд Дэвид Юм проиграл. Но он выиграл более важный процесс — суд истории, став автором мыслей, которые и сейчас три века спустя только приоткрывают всю глубину своего значения для человечества.

Е В Р О С С И Я

Празднование в декабре 2013 года двадцатилетия Конституции Российской Федерации является подходящим поводом для рассмотрения темы разработки российской разновидности доктрины Правового государства, а также вопроса о соотношении этой доктрины с англо-американской доктриной Верховенства права. Одна из дискуссий о таком соотношении была начата в 2009 году публикацией моей статьи «Определяя правила» в октябрьском номере лондонского журнала «Европейский юрист»²¹ и имела оживленное продолжение в последующих номерах.

Жанр небольшой книги не позволяет подробно доказывать, что в России нет разработанной доктрины правового государства, поэтому я буду ссылаться на авторитеты. По мнению В. Д. Зорькина, понятие «конституционный принцип» и тем более «доктрина правового государства» у нас не сформулированы.

В опубликованной в журнале «Вопросы философии» статье «Нравственность и право в теориях рус-

²¹ *Barenboim P. Defining the Rules // The European Lawyer. 2009 Oct.*

ских либералов конца XIX — начала XX века» крупнейший польский исследователь А. Валицкий справедливо пишет:

«Одной из характерных черт русской дореволюционной мысли было отрицательное либо пренебрежительное отношение к праву, связанное с идеализацией общинного коллективизма. Многие мыслители как правого, так и левого толка — славянофилы и Достоевский, с одной стороны, народники и анархисты — с другой, были склонны видеть в патриархальном крестьянстве воплощение духа истинной, братской общности, которая может легко обойтись без писаных законов и не допустить развития индивидуализма. И те и другие осуждали гражданские права и политические свободы, доказывая, что они лишь маскируют капиталистическую эксплуатацию. Считали развитие капитализма и присущее ему все большее «оправдание» общественных отношений специфическим свойством Запада, привнесенным в Россию и для нее чуждым. Либеральная концепция правозаконности отвергалась по самым разным причинам: во имя самодержавия или анархии, во имя Христа или Маркса, во имя высших духовных ценностей или материального равенства. В частности, славянофилы усматривали в правовых нормах попытку пагубной рационализации общественной жизни, характерную для католического (а потом протестантского) Запада и восходящую к языческому наследию Древнего Рима: право как таковое было в их глазах «внешней правдой», заменяющей человеческую совесть полицейским надзором. Герцен видел в неуважении к праву также историческое преимущество русского народа — свидетельство его внутренней свободы и способности построить новый мир. Достоевский приравнивал права личности к правам эгоистических индивидов, отделенных друг от друга юридическими барьерами и не знающих никакой нравственной связи; юристы, особен-

но адвокаты, были в его глазах «современными софистами», цинично манипулирующими истиной из корыстных побуждений. Народники отрицали конституцию и политические свободы как орудие буржуазной эксплуатации народа. Русские анархисты, Бакунин и Кропоткин, считали право, наряду с государством, инструментом прямого насилия — в отличие от Прудона, у которого анархизм сочетался, как известно, с признанием идеи суверенитета права (а не власти)... Одним из главных мотивов такой критики являлось убеждение в неизбежном антагонизме и даже полной несовместимости права и нравственности. Крайним проявлением этого моралистического антилегализма был правовой нигилизм Льва Толстого...

Толстой отождествлял право с возведенной в закон волей тех, кто находится у власти, т.е., иначе говоря, был сторонником вульгарного правового позитивизма. Он явно не сознавал, что могут быть и другие теории права. Что право может пониматься как нечто предшествующее государству и ограничивающее его власть».

Вопросы философии, № 8, 1991

Последнее замечание особенно важно: со времен Толстого не осознано в российской философии права значение идей Пятикнижия о праве как основанном на нравственности и предшествующем созданию государства, а также значение идей Канта о правовом государстве. Отсюда и длительное отставание в осмыслении идей верховенства права и правового государства.

Характерно высказывание известного русского правоведа и философа Бориса Николаевича Чичерина (1828–1904), актуальность которого стала еще сильнее спустя более чем столетие. В своей книге «Философия права» он писал: «Оно (предлагаемое сочинение. — П. Б.) представляет попытку восстановить забытую науку, ко-

торой упадок роковым образом отразился на умах современников и привел к полному затмению высших начал, управляющих человеческой жизнью и служащих основой человеческих обществ»²².

Философия права в России, к сожалению, не развивалась с необходимой последовательностью. А ведь существует классическая формула Сенеки, которую я цитирую по труду Августина Аврелия: «Нельзя заниматься философией на досуге; следует пренебречь всем, чтобы посвятить себя той, для которой мало и всей нашей жизни. Нет большой разницы, навсегда ты оставил философию или же только прервал занятия ею; ведь если ты перестал заниматься философией, она покинет тебя».²³

В «Тезисах о правовой реформе в России» В. Д. Зорькин сформулировал важнейшее положение о непрерывной правовой реформе, каждодневно приводящей законодательство и правосознание в соответствие с конституционными целями и задачами, которую можно рассматривать в качестве неотъемлемой части российской доктрины правового государства. Председатель Конституционного Суда Болгарии Евгений Танчев высказал следующую мысль: доктрина правового государства, насыщенная конституционным содержанием, является в странах правовой континентальной системы более важной, чем доктрина верховенства права, значение которой возрастает по мере перехода рассмотрения с уровня национальных государств на общеевропейский наднациональный уровень. На основе сопоставления точек зрения двух ведущих конституционалистов Европы я и составил исключительно под свою личную ответственность «Концепцию Зорькина–Танчева», которая, правда, кажется,

благосклонно принята ее фактическими создателями. Концепция сначала была опубликована на английском²⁴.

«Концепция Зорькина–Танчева» гармонизирует доктрины правового государства и верховенства права, по крайней мере для континентальной Европы. Председатель Конституционного Суда Болгарии Евгений Танчев пишет:

«Появление новых направлений конституционного регулирования является одной из наиболее важных тенденций нашего времени. Усиление конституционного права в 4-м поколении конституций включает специальные положения о экономической жизни и экономических принципах. Конституционное экономическое регулирование развивалось одновременно с принципом социального государства, и они вместе осовременили классическую концепцию правового государства (Rechtsstaat). Я полностью поддерживаю позицию Петра Баренбойма, что верховенство права для стран гражданской правовой системы должно объясняться с помощью доктрины правового государства (Rechtsstaat), которая базируется на концепции писаной конституции как высшего закона страны. Доктрина правового государства имеет преимущество в Европе на уровне государств, имеющих писаную конституцию, в то время как на европейском наднациональном уровне концепция верховенства права крайне важна»²⁵.

Остается важнейший вопрос — как примирить с этой красивой формулой следующий безусловный факт: несмотря на передовое современное содержание, конституции России, Болгарии и почти всех восточноевропейских стран далеко оторваны от реальной правовой действительности и работают в основном как идеал, и не-

²² Чичерин Б.Н. Философия права. М., 2011. С. 24.

²³ Август Аврелий. Исповедь. М., 1992. С. 270.

²⁴ Barenboim P., Sidiqi N. Bruges, the Bridge between Civilizations // Grid Belgium. 2010. P. 109.

²⁵ Barenboim P., Sidiqi N. Op. cit. P. 108.

понятно, как его можно достигнуть. Здесь и приходят на помощь мысли В. Зорькина о постоянной непрерывной правовой реформе, каждодневно действующей в направлении сближения правовой реальности и конституционного идеала. Это совершенно новый подход к самой идее правовой реформы, которая до этого воспринималась как разовое мероприятие протяженностью в несколько лет и в основном сводилась к теме судебной реформы. В сочетании идеи председателей конституционных судов России и Болгарии создают мощную практическую концепцию, как помогающую строительству доктрины правового государства, так и проясняющую соотношение между доктринами верховенства права и правового государства.

Лорд Бингхам мудро отметил сосуществование «различных гипотез конституционализма».²⁶ Действительно, англосаксонский конституционализм, основанный на судебных решениях, и континентальный конституционализм, основанный на верховенстве писаного текста конституции, различны. В то же время для любой школы философии права вопросы доктринального определения верховенства права, правового государства и их соотношения являются на данном историческом этапе основными. Конституционалисты должны перешагнуть через низкие заборчики между отраслями права и философией и конституционным правом. Конституционалисты должны стать философами права, способными на

²⁶ *Bingham*, p. 166.

решение доктринальных проблем. Философы должны, наконец, не просто прочитать текст конституции, а проникнуться задачами его осмысления с философских позиций и заложить вместе с юристами основы нового конституционализма XXI столетия.

Правовое государство является термином, понятием и основополагающим принципом Конституции РФ. В связи с этим В. Д. Зорькин отмечает: «Континентальная система права базируется на понятии «правовое государство» — том, что взято в основу нашей Конституции. Нужно отметить, что это понятие во взаимосвязи с реалиями XXI столетия еще ждет своей доктринально-концептуальной разработки, что потребует тесного сотрудничества юристов и философов»²⁷.

Правовое государство требует развития институтов гражданского общества, с которыми оно строит отношения на основе равенства. Правовое государство и гражданское общество представляют собой разные системы самостоятельных институтов. У России особая ситуация, поскольку правовое государство является принципом и нормой конституции, принятой в 1993 году, а значит, разработка доктрины и понятия правового государства на уровне XXI столетия — это не благое пожелание, а обязанность государства и общества.

Следует обратить внимание на размышления современного российского философа Э. Ю. Соловьева: «Оппозиция «мира» и посясторонней «райской гармонии» — таково, возможно, самое глубокое, эзотерическое измерение кантовского трактата («О вечном мире»). Ее можно определить как противостояние идеала и идил-

²⁷ Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / Сост. П. Баренбойм, А. Захаров. М.: Московско-Петербургский философский клуб, 2010. С. 29.

лии... Именно благодаря своему идеализму Кант совершенно свободен от мечтательности и склонности к благим прорицаниям. «Вечный мир, — говорит по этому поводу О. Хоффе, — не нуждается в чьих-либо провидениях; он задан людям в качестве их морального, а точнее — морально-правового долга... Задача утверждать вечный мир имеет статус категорического императива»²⁸. Может быть, из-за «отталкивания» от Канта и непризнания проявления в жизни «мужества невозможного» пробуксовывает сейчас российская наука философии права, особенно в разработке доктрины правового государства. Своими философами и теоретиками права, скажем так, «философско-правового Серебряного века», Россия может гордиться. Они хоть многое из западной науки удачно компилировали, но зато Канта читали в оригинале и знали доктрину правового государства не понаслышке. Просто много в подцензурных публикациях того времени они сказать не могли. Например, об антимиитаризме Канта и о конституционной составляющей доктрины правового государства. Зато воспитали такого ученика, как выпускник юрфака Петербургского университета 1898 года Николай Рерих, который абстрактный «вечный мир» Канта каким-то чудом превратил в единственный в мире многосторонний международный договор — знаменитый Пакт Рериха 1935 года. Впрочем, об этом у нас почему-то никто не знает.

Как правильно пишет председатель Конституционного Суда Республики Армения Г. Г. Арутюнян:

«В русле современных достижений цивилизации основная характеристика конституционной культуры заключается в том, что высший закон страны должен включать всю систему фундаментальных ценностей

²⁸ Категорический императив нравственности и права. М.: Прогресс-традиция, 2005. С. 232–233.

гражданского общества и гарантировать их устойчивую и надежную защиту и воспроизводство. Эти ценности, в свою очередь, формируются на протяжении веков, каждое поколение переосмысливает их и своими дополнениями гарантирует дальнейшее развитие. Удача сопутствует тем нациям и народам, у которых эта цепь не прерывается или серьезно не деформируется. Следовательно, понятие «конституционная культура» более развернуто может характеризоваться как исторически сложившаяся, стабильная, обогащенная опытом поколений и всего человечества определенная ценностная система, лежащая в основе общественного бытия, способствующая установлению и реализации основополагающих правил поведения на основе их нравственного и духовного осмысления.

Сама конституция должна воплощать в себе эту ценностную систему, быть продуктом осмысленного присутствия данного общества на конкретном историческом этапе своего развития, являться результатом общественного согласия вокруг основополагающих ценностей социального поведения государства и гражданина...

Однако конституционализм — это не утопическое восприятие доктрины о необходимости конституционной регуляции общественных отношений. Конституционализм представляется как системное и осмысленное наличие конституционных ценностей в реальной общественной жизни, на чем базируется вся правовая система. Нормативные характеристики данного принципа предполагают наличие необходимых и достаточных правовых гарантий для осознанной реализации прав и свобод во всей системе права и общественных отношений. В правовом государстве любая норма права должна проявляться как элемент конституционно согласованной системы правового и нравственного поведения человека и государства.

При этом мы согласны с мнением профессора Н. С. Бондаря о том, что "...господствующие в общественном сознании оценки конституции, уровень конституционной культуры в обществе и государстве, действенность идей конституционализма определяются в своей основе не самим по себе фактом наличия или отсутствия в государстве юридической конституции (основного закона) и даже не ее «возрастом» — есть значительно более важные, глубинные — социокультурные — истоки конституционализма"²⁹.

В рамках приведенной нами формулировки конституционализм является наличием установленных общественным согласием фундаментальных правил демократического и правового поведения, их существования как объективной и живущей реальности в общественной жизни, в гражданском поведении каждого индивидуума, в процессе осуществления государственно-властных полномочий.

Проблема сводится не просто к применению конституции, а к формированию той социальной системы, в которой конституционная аксиология реализуется каждой клеткой этой системы как условие ее существования. Это единственная и прошедшая испытание веками гарантия реализации конституционных установок и стабильного развития на основе общественного согласия... Конституционализм, как и право, — объективная социальная реальность, проявление сущности цивилизованного общежития, имеющая необходимый внутренний потенциал динамичного и стабильного развития. Конституционализм как фундаментальный принцип права на определенном уровне развития общества приобрета-

²⁹ Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 24.

ет системообразующий и универсальный характер правовой регуляции, выражает и конкретизирует правовое содержание гарантирования и обеспечения верховенства права и непосредственное действие прав человека, выступает критерием правомерности поведения субъектов права, является исходным началом правотворческой и правоприменительной деятельности, является результатом исторического развития данного общества».³⁰

Около половины действующих конституций стран мира приняты после 1990 года (вспомним, что только в Европе в это время появилось 21 новое государство). Как правило, они содержат основные положения об экономических и других правах, воспринятые из международных договоров о правах человека, что сближает между собой содержание конституций современных государств. Это позволяет в XXI веке конкретизировать понятия верховенства права и правового государства, используя конституцию как норму прямого действия. Точно по Канту, путем достижения правового государства как совершенного государственного строя становится путь постоянной непрекращающейся эволюционной правовой реформы. Авторы учебника «Конституционная экономика» обратили внимание на различие в общеупотребительных значениях слова «конституция», например, в английском языке, где их имеется около десятка, и русском языке, где к сегодняшнему дню их осталось только два:

- 1) основной закон государства, определяющий права и обязанности граждан, основы государственного строя и систему государственных органов;

³⁰ Г.Г. Арутюнян, Аксиологическая природа конституционализма в контексте исторической эволюции конституционной культуры, Философия права Пятикнижия / Под ред. Гусейнова А. А. и Рашковского Е. М.: Лум, 2012. С. 79–82.

2) строение, структура организма.

При этом еще столетие назад, судя по словарю Даля и мемуарам Осипа Мандельштама, значений этого слова в русском языке было больше. Например, можно было сказать «конституция дома».

Вопрос о значении термина «конституция» важен и актуален, поскольку напрямую связан и со сферой действия конституционного права, и с предметом науки конституционного права. Вероятно, слово «конституция» в русском языке будет становиться более многозначным, как и предмет конституционного права.

По точному определению академика О. Е. Кутафина, «предмет конституционного права любого государства не может быть раз и навсегда данным, поскольку он зависит от содержания конституции и других основополагающих документов, действующих в государстве на данном этапе развития». Поэтому в конституционном праве и тем более в находящейся на стыке наук конституционной экономике необходим конкретный анализ с позиций и с учетом важности терминологической координации употребления понятия «конституция» в российском и европейском смысле этого слова. Это важно для осмысления не только содержания и сферы прямого действия современной Конституции России, но и путей развития современного российского конституционного права.

Новый этап мирового конституционализма обозначил в 2004 году проект Конституции Европейского Союза, которая, хотя и не воплотилась в жизнь, но будет в ближайшие десятилетия XXI века оказывать серьезное влияние на развитие конституционного права, несмотря на то, что при последующем обсуждении европейцы ушли от термина «конституция», чтобы ослабить оппозицию принятия этого документа.

Конституционализм часто рассматривают как привилегию конституционалистов, под которыми в России понимают, в первую очередь, юристов — специалистов по конституционному праву. Такой подход является не совсем правильным по ряду причин, среди которых следует назвать наличие определенного числа историков, философов, публицистов, посвятивших ряд своих исследований вопросам, связанным с конституцией. Особую роль занимают экономисты, посвятившие свои работы взаимосвязи положений конституции и конкретных экономических решений, принимаемых властью или рыночными структурами. Третьей, но не менее важной причиной нужно считать расхождение в значении термина «конституция» в русском и английском языке, что следует учитывать, чтобы не оторваться от мирового уровня развития конституционной мысли. При этом неизменность текста конституции в условиях развитого конституционализма легко сочетается с изменениями и обновлениями конституционного права. Американский профессор Рональд Ротунда в предисловии к седьмому изданию 2003 года своего учебника «Современное конституционное право» пишет о серьезных изменениях в конституционном праве только за те 20 лет, которые прошли после первого издания. В частности, он отмечает новую концепцию разделения властей между федерацией и штатами, а также между президентом и конгрессом США.³¹

Бывший преподаватель конституционного права, а ныне президент США Барак Обама предложил свое прочтение понятия «конституционализм». В своей книге «Дерзость надежды» он пишет:

«При всех наших разногласиях трудно найти в США либерала или консерватора, профессора или рабочего, кто был бы не согласен с основным набором индиви-

дуальных свобод, определенных Отцами-Основателями и закрепленных нашей Конституцией: право высказывать свое мнение, право молиться, по своему усмотрению мирно предъявлять требования властям, право на частную собственность, которой можно свободно распоряжаться и которая не может быть изъята без справедливой компенсации, право не подвергаться незаконному обыску и вторжению в помещение, право не быть задержанным без строгого соблюдения всех правовых процедур, право на быстрый и справедливый суд и право по собственному усмотрению, право при наличии самых минимальных ограничений воспитывать своих детей... Основные предписания конституционных норм так хорошо известны, что каждый школьник может сходу описать их... Консерваторы или либералы, все мы — конституционалисты».

Мы не знаем, изучал ли Обама произведения Канта (в Гарварде все может быть), но его формула в целом совпадает с аналогичной кантовской мыслью.

Нам в России пока трудно говорить о «каждом школьнике» (или даже о каждом учителе школы) и тем более об общем согласии по отношению к содержанию основных ценностей Конституции РФ. Нашему учебнику по конституционной экономике предшествовало небольшое учебное пособие «Конституционная экономика для школ» с приложением текста Конституции России. Это пособие попало пока только в сотню московских школ, и с тех пор уже несколько лет конституционная экономика преподается там в курсе обществоведения. Преподаватель этой дисциплины, который был признан Учителем года в России, при встрече со мной сказал: «Надо же, как любопытно! Я впервые прочитал текст Конституции России в вашем пособии. Такой интересный документ!» Обратите внимание: он прочитал Конституцию России уже после того, как стал Учителем года по обществоведению.

Многие специалисты по конституционному праву до сих пор хотят кардинально переписать Основной закон. Что ж, написание качественного текста при наличии в Интернете текстов почти двухсот действующих конституций не является трудной задачей. Необходимость и уместность изменений, уход от конъюнктуры сегодняшнего дня для правильной оценки качества конституционных положений являются обязательными чертами настоящего конституционализма. В то же время стремление реформировать или улучшить Основной закон является важным условием развития конституционализма и постоянная дискуссия на такие темы помогает развитию конституционной мысли в стране. Старейший и наиболее стабильный текст Конституции США за 222 года своего действия подвергся настоящей атаке, состоящей из почти 11 тысяч конституционных поправок, официально внесенных на рассмотрение Конгресса. Из них были приняты 31, и только 27 были ратифицированы штатами. Последняя поправка была принята в 1992 году, а впервые была внесена на рассмотрение Конгресса за 200 лет до этого в 1792 (!) году. Так что многие идеи современных конституционалистов у нас в стране могут не пропасть в будущем и закладываются в общее хранилище конституционной науки.

Профессиональной и гражданской обязанностью экспертов по конституционному праву является сохранность и распространение конституционных ценностей, чтобы их пока что корпоративный и замкнутый конституционализм превратился в конституционализм каждого школьника в смысле знания и уважения к конституции. А для этого нужно измениться самим.

Первой настоящей конституцией за тысячелетнюю историю России стала Конституция РФ 1993 года, которой в декабре 2013 года исполнится 20 лет. Таков же возраст и российского конституционализма, поскольку на-

стоящий конституционализм не может существовать без настоящей конституции. Не всем понравится такое омоложение многих седых и заслуженных голов нашего конституционного сообщества, но такова очевидная истина, и такова еще не написанная история российской конституционной мысли XX столетия.

Юристам не присуждают Нобелевских и иных общепризнанных мировых премий, поэтому факт некоторой нашей отсталости в изучении взаимосвязи экономики и права не особенно бросается в глаза. С учетом невысокого уровня и объема знаний иностранных языков и малого количества переведенной литературы этот факт не вполне осознается и не переживается нашей юридической общественностью. Но его нужно констатировать хотя бы ради того, чтобы подтолкнуть молодых исследователей к дерзаниям и повышению планки для оценки качества своих идей. Следует помнить, что философия права, так же как и конституционное право, имеет большое значение для формирования и подготовки будущих государственных деятелей и их советников. Президент США Франклин Рузвельт с сожалением вспоминал, что курс конституционного права в Гарвардском университете напоминал ему настольную лампу без шнура. Другой президент начала XX века, Вудро Вильсон, был долгое время профессором конституционного права, а в 2008 и 2012 годах в президентской кампании США победил бывший преподаватель конституционного права Барак Обама, который так вспоминает о своих семинарах: «Постепенно и вдруг то, что казалось несколько минут назад сухим и не связанным с реальной действительностью, оживало и глаза моих студентов начинали блестеть, а текст становился для них отражением не только прошлого, но их настоящего и будущего». Каждый ли наш профессор конституционного права может поделиться подобными воспоминаниями?

Большое значение имеет уровень «конституционного климата», основой которого является уважение к конституции как Основному закону государства и общества, отсутствие сиюминутной конъюнктуры в оценке ее норм. Конституционалисты утверждают, что нужно исходить не только из буквы, но и из духа Основного закона. Часто используя при обсуждении текстов законодательных актов слова «дух» и «буква», мы не задумываемся над тем, что по отношению к конституции слово «дух» можно и должно использовать без кавычек и с большой буквы.

Когда Гадис Абдуллаевич Гаджиев пишет о «таинстве содержания конституционных принципов», его слова следует в первую очередь отнести к конституционному принципу разделения властей. Метафора Гаджиева перекликается с высказыванием крупного американского конституционалиста Р. Бергера: «Доказывание из простого факта трехзвенной системы власти похоже на привлечение магии чисел». Конституционный патриотизм — основа любого духовного патриотизма. Конституция 1993 года дает в этом смысле России уникальный шанс на духовное развитие в XXI столетии. В нашей стране, где свыше половины населения — атеисты, только Конституция и ее ценности могут стать базой, основой и центром духовного и интеллектуального (а значит, и экономического) развития государства и общества. Даже в США, где религиозное население разных конфессий составляет свыше 80%, объединяющей всех и самой высокой ценностью является почтение к Конституции. «Церковь Конституции — доминирующая религия в Америке», — справедливо было замечено в одной из публикаций. Атеисты и верующие любых конфессий в развитых странах признают за национальной конституцией статус высшей духовной ценности страны.

Применение доктрины разделения властей заметно варьируется от страны к стране, поэтому, чтобы по-

нять принцип разделения властей, нужно в том числе осознать его «дух» ввиду отсутствия буквы в виде общепринятого нормативного толкования. Не случайно книга Шарля Монтескье, которую многие не вполне точно считают первоисточником доктрины, называется «О духе законов».

В связи с этим весьма важно формирование прочтения текста Конституции РФ как философско-доктринального и юридического документа. Тогда она перестала бы восприниматься постсоветской общественностью как чисто политическая декларация или манифест (а именно так и воспринимались тексты всех советских конституций). Этот психологический барьер между обществом и Конституцией можно преодолеть только упорными и каждодневными усилиями в первую очередь конституционалистов в широком смысле этого слова, Конституционного Суда РФ и всех судов России.

Со стороны общества и органов государственной власти тоже нужны недюжинные усилия по преодолению трех основных негативных тенденций: конституционного нигилизма — в России это наследие советских времен; конституционного инфантилизма, характерного для экономистов и политиков, понимающих значение Конституции, но не видящих необходимости согласовывать с ней свои экономические теории или конкретные экономические решения; конституционного цинизма, который нередко занимает серьезные политические позиции, используя изменения Конституции для решения сиюминутных политических задач. Последняя тенденция особенно опасна и для развития конституционализма во всех переходных странах, и для стабильности действующих конституций.

Конституционный принцип разделения властей — один из важнейших, если не самый главный для стран без устойчивой конституционной традиции, к которым

можно отнести постсоциалистические страны. Необходимость в сильной президентской власти, с одной стороны, может отражать политические реалии, но, с другой стороны, вследствие угрозы доминирования конституционного цинизма будет постоянно подталкивать к соблазнам режима личной власти. Как ни странно, но другого противодействия этой всегда опасной тенденции, кроме культивирования и защиты конституционного принципа разделения властей, сочетаемого с уважением, если не сказать с почтением к действующей конституции, не существует. А между тем большинство людей, в том числе многие юристы, имеют довольно смутное представление о сути данного принципа, разработанного совместными и разрозненными усилиями философов и юристов-конституционалистов в течение многих веков.

Когда в ходе уотергейтского дела нужды американской политики в начале 70-х годов XX века потребовали конкретизации практического применения и содержания принципа разделения властей, в Сенате США был создан в рамках Юридического комитета подкомитет по разделению властей, руководство которым было поручено сенатору Эрвину. Один из американских исследователей писал: «Эрвин возглавлял одну из наиболее интригующих и новых сфер деятельности в Конгрессе... Здесь эрудиция является пропуском, слушания — семинарами, консультантами — ученые, а философы права здесь — короли». Интересно, что представители президента США Ричарда Никсона отбивались заявлениями типа, что разделение властей является «ошибкой Монтескье», затвердевшей в «правовом бетоне», что не помогло Никсону устоять пред лицом Конгресса и Верховного суда США, и он вынужден был на два года раньше покинуть свою должность в 1974 году. В 2000 году президент Банка Франции, говоря о новой доктрине независимых центральных банков, сказал, что «мы ещеждемся нового Монтескье». Это прямое

ляется принципом, понятием и термином Конституции Российской Федерации и его правильное определение, в том числе и через общепризнанное в мире понятие верховенства права, станет важнейшим вкладом российской конституционной мысли не только в развитие и становление самой России, но и в мировую систему правовых ценностей. Можно, конечно, по традиционной советской привычке отгородиться от всемирного движения за верховенство права как от попытки западноамериканского «покушения на нашу российскую суверенную демократию», но следует обратить внимание, что, при всем уважении к мотивации инициаторов этого движения из Международной ассоциации юристов и Американской ассоциации юристов, на самом деле их мало интересует Россия, как и все переходные и развивающиеся страны, и они, в первую очередь, особенно после Гуантаномо, сосредоточены на совершенствовании своих правовых систем. Лично я оцениваю это движение как серьезную попытку юридического сообщества развитых демократических стран вернуть себе былые лидирующие позиции в политической системе и гражданском обществе своих стран, подорванные недостаточным вниманием юристов к вопросам экономики, пассивностью ведущих юридических общественных организаций США и других стран в вопросах защиты окружающей среды и предотвращении применения психологических пыток, на правомерности которых «в порядке исключения для террористов “Аль-Каиды”» настаивала администрация Джорджа Буша. Дошло до того, что правительственный орган соседней Канады внес США в список стран, применяющих пытки, а Буш наложил вето на принятый конгрессом закон о запрете конкретного вида психологической пытки. Не случайно в 2008 году Барак Обама сделал заявление о необходимости *восстановления* в США верховенства права. И действительно, к этому времени подавляющее боль-

шинство студентов юридических вузов США воспринимали только одно значение термина Rule of Law — «четко прописанное правило, вытекающее из конкретного решения суда». Ни о каких высших материях они не знали.

Попробуем взглянуть на позиции, связанные с движением по прояснению смысла понятия «верховенство права». В 2005 году президент Американской ассоциации юристов Майкл Греко опубликовал статью «Ренессанс идеализма» (ABA Journal, September 2005) и сформировал Комиссию «Ренессанса идеализма в юридической профессии». Несмотря на громкое название, вопрос сводился к призывам к более активной бесплатной юридической помощи неимущим слоям населения.

Инициаторы из Американской ассоциации юристов привлекли индийского экономиста, Нобелевского лауреата Амартью Сена, к разработке конкретного ответа на вопрос, являются ли демократия и верховенство права такими уж обязательными условиями для повышения эффективности и ускорения экономического развития. Ответ не так уж очевиден. Сырьевые страны качают и успешно продают нефть без всяких демократических процедур, поэтому ответы на поставленный вопрос могут быть разнообразными. Китай, например, готов цифрами своей экономической статистики и золотыми медалями Пекинской Олимпиады ответить на вопрос о необходимости верховенства права в стране. Маленький населенный китайцами Сингапур, ставший финансовым гигантом Азии, претендует на роль идеологического центра по пропаганде особого азиатского пути конституционного развития, не совпадающего со стандартами верховенства права, которое ставит индивидуальные права и благо человека на первый план. Таковы уже и правовые притязания и самого Китая.

Мне думается, что здесь у российской конституционной мысли особая позиция, позволяющая приводить

в разворачивающейся дискуссии весьма весомые аргументы. Мы ведь в отличие от всех переходных и развивающихся стран несколько десятилетий побыли сверхдержавой, державшей весь мир на мушке и посылавшей людей в космос, а также, в отличие от Китая, много Олимпиад выиграли. Мы были в соответствии с Конституцией СССР все вместе хозяевами всех богатств страны, одновременно стоя в очередях за самыми необходимыми продуктами и не имея возможности купить жилье себе и своим детям, поехать посмотреть другую страну, увидеть фильм или прочитать книгу, которыми восхищался весь мир.

Именно в России имеется единственный и конкретный опыт безнадежности всех азиатских или любых особых путей развития, суверенных или, правильнее сказать, суверенно-сувенирных демократий. Россия была и империей не хуже Британской, а потом огромным советским государством, империей-утопией, и за тысячу лет перепробовала все, кроме демократии, правового государства и верховенства права. И ничто из прошлого не дало российскому подданному (а последние республиканские почти сто лет гражданину) спокойную, счастливую и благополучную жизнь.

— Б / , — Б Б

Джеймс Бьюкенен (1919–2013) описывает, как после защиты докторской диссертации он, спасаясь от жары, зашел в прохладу зала университетской библиотеки и случайно наткнулся на лежавшую там нечитаной и почему-то вообще попавшую в американский университет книгу шведского экономиста Викселла, изданную много десятилетий ранее еще в XIX веке. Книга была в переводе на немецкий язык, который Бьюкенен знал. Так

забытый всеми швед дал толчок мыслям великого американского мыслителя. Воодушевляющий пример для авторов книг: пишите, может быть, вас эффективно прочитают и поймут через 100 лет! Так зародилась современная школа конституционной экономики.

Конституционной экономикой можно назвать комплексное совместное рассмотрение юристами и экономистами взаимосвязи вопросов применения конституционного права с проблемами экономического развития и институционально-нормативного обеспечения экономической деятельности государства по повышению материального благосостояния граждан страны. Конституционная экономика — это научно-практическое направление на стыке права и экономики, изучающее принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, отраженным в нормах конституционного права, действующем законодательстве и практике прямого применения норм Конституции, регламентирующих экономическую, социальную и политическую деятельность в государстве. Очень важный аспект конституционной экономики отмечен Г. А. Гаджиевым, который сделал акцент на взаимоотношения государства и бизнеса. Действительно, если в России конституция не будет стоять между государственными чиновниками и бизнесом, у делового сообщества не будет шанса развиваться и ускорить экономическое развитие страны.

Идеи конституционной экономики развил американский экономист Джеймс Макгилл Бьюкенен-младший, получивший в 1986 году Нобелевскую премию по экономике за исследование договорных и конституционных основ теории принятия экономических и политических решений. Бьюкенен, как и большинство западных экономистов, трактует термин «конституционализм» несколько шире, чем «применение и изучение консти-

туции страны», поскольку в английском языке понятие «конституция» не только относится к основному закону государства, но и используется для обозначения уставов корпораций и фирм, внутренних правил религиозных и общественных организаций, неформальных объединений и т.п. В связи с этим идеи Бьюкенена расцениваются некоторыми западными учеными как современное продолжение идей Адама Смита о «науке законодательства». Нелишне отметить: идеи самого Смита сложились отчасти под влиянием Юма, который, таким образом, стоит у истоков не только современной философии права, но и политической экономии³².

Подход Бьюкенена при развитии конституционной экономики не ограничивается лишь анализом экономических и конституционных проблем, он затрагивает также некоторые ключевые вопросы философии права. В первую очередь это касается идеи о конституционно-экономическом обеспечении «права на счастье» как ныне живущих, так и будущих поколений³³. Термин «конституционная экономика» предложен американским экономистом Ричардом Маккинзи при определении главного предмета обсуждения на конференции, прошедшей в 1982 году в Вашингтоне. Создание этого термина означало комбинацию концепций, необходимую для определения и выделения нового научного направления, ранее существовавшего как интегральная часть предшествующих многолетних исследований американских экономистов, а также работ судьи Ричарда Познера о взаимосвязи проблем экономики и права. Тем самым было признано,

³² *Van den Hauwe L. Constitutional Economics II // The Elgar Companion to Law and Economics*, 2005. P. 223–224.

³³ Краткая биография и Нобелевская лекция // *Лауреаты Нобелевской премии по экономике: автобиографии, лекции, комментарии*. Т. 2. 1983–1996. СПб.: Наука, 2009. С. 92.

что ранее использовавшийся термин «конституционная политика» не вполне подходит для характеристики взаимосвязи экономики с фундаментальными законами общественного порядка. Конституционные нормы и принципы, которые ранее виделись ограничителями рациональной экономической деятельности, обернулись в его исследованиях неизменными духовными ценностями, настоятельно требующими от экономики максимально возможного материального обеспечения. Проще говоря, с помощью ими же инициированной конституционной экономики экономисты «узнали» мир новых понятий и новую сферу анализа, где их традиционные подходы не вполне срабатывали.

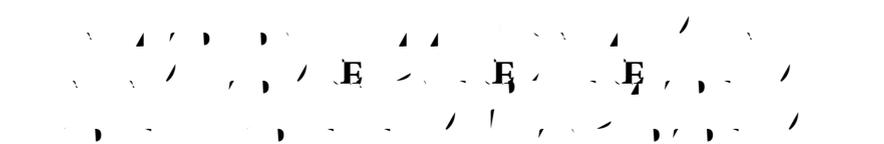
Джеймс Бьюкенен дал не только тщательнейший анализ известных конституционно-правовых понятий. В научный оборот были введены многие новые понятия, такие как «конституционное гражданство» (особенно важный для современной России), «конституционная анархия» и т. д. Разумеется, Бьюкенен рассматривал конституционность в смысле значения этого слова в английском языке и применял его к семье, фирме, общественной организации, но все же в первую очередь — к государству. По всей видимости, у него не было союзников-юристов, потому что он делал упор на возможность анализа и продвижения конституционной экономики силами только экономистов, тем самым сужая возможности применения нового научного направления.

Свои основные идеи Бьюкенен изложил в Нобелевской лекции, краткое содержание которой важно для понимания основ конституционной экономики. Лекция разбита на небольшие разделы, сопровождаемые в качестве эпиграфов цитатами из работы конца XIX века уже упомянутого шведского экономиста Кнута Викселла, оказавшего глубокое влияние на творчество Бьюкенена. Одна из них предваряет главу под названием «Методологический

индивидуализм». Вискселл пишет: «Если полезность для каждого отдельного гражданина равна нулю, то совокупная полезность для общества также будет равна нулю». И сразу же приведем другой эпиграф к главе под названием «Конституция экономической политики». В нем Вискселл утверждает: о том, «приносит ли деятельность государства больше пользы конкретным гражданам, чем она им обходится, никто не вправе судить лучше самих граждан». По мнению Бьюкенена, Вискселл бросил вызов традициям теории государственных финансов. «Голая суть послания Вискселла ясна, элементарна и не требует доказывания, — объясняет Бьюкенен. — Экономисты должны прекратить практику предложения политических советов, как будто они наняты на работу склонным к благотворительности деспотом, а вместо этого должны сконцентрироваться на государственной структуре, в рамках которой принимаются политические решения... Я убеждал экономистов сосредоточиться на «конституции экономической политики», чтобы исследовать правила и ограничения, в рамках которых действуют политики. Как и у Вискселла, моя цель была скорее нормативной, то есть направленной на создание наилучших нормативных актов, чем чисто академической. Я считал, что суть экономического смысла в первую очередь вытекает из взаимоотношений между гражданином и государством, а уже потом из авансированных политических подходов... Предложенный подход к институционально-конституционной реформе упорно сдерживался почти столетие после публикации Вискселла».

В отличие от Вискселла, не выступавшего за реформу законодательных органов, даже в случае если они принципиально основывали свои финансовые и налоговые решения не на принципе справедливости (под которой он имел в виду современное понятие «эффективность»), Бьюкенен вывел проблемы на конституционный уро-

вень. Особое место в лекции Бьюкенена занимает вопрос о проблеме соотношения экономических возможностей идущих друг за другом поколений, которые, даже если они живут одновременно, всегда находятся в неравных позициях с точки зрения доступа к власти и процессу принятия финансовых решений, влияющих непосредственно и в перспективе на другие поколения. Поэтому важна следующая мысль Бьюкенена: конституция, рассчитанная на применение в течение нескольких поколений, должна корректировать конъюнктурные экономические решения, а также балансировать интересы государства и общества в целом с интересами отдельного индивида и его конституционным правом на индивидуальную свободу и «правом на индивидуальное счастье». В заключение своей Нобелевской лекции Джеймс Бьюкенен сравнил Кнута Вискселла с легендарным конституционным мыслителем и одним из первых президентов США Джеймсом Мэдисоном. «Оба отвергали любую органическую концепцию интеллектуального превосходства государства над своими гражданами. Оба пытались использовать все возможные методы научного анализа для ответа на вечный вопрос общественного устройства: как мы можем жить вместе в мире, благополучии и гармонии, сохраняя в то же время наши права и свободу в качестве самостоятельных личностей, которые могут и должны создавать собственные ценности?» Это, по сути, и является предметом конституционной экономики, так как соотношение прав личности и государства — основной вопрос демократии в целом и конституционного права в частности. Конституционная экономика увязывает его с материальными условиями жизни, тем самым существенно дополняя и развивая традиционный конституционный анализ.



Важной составной частью доктрины Правового государства является конституционная экономика. Вопросы применения конституционной экономики не могут быть осознаны со всей полнотой, если не будут учтены особенности конкретного этапа исторического процесса и времени, когда такие вопросы поставлены³⁴.

Конституционная экономика отражает всевозрастающее понимание, что решение проблем государственного регулирования экономики нужно находить исходя не только из экономической целесообразности, но и из реалий конституционной структуры государства³⁵. Поэтому конституционная экономика традиционно характеризуется как научное направление, изучающее принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, отраженным в нормах конституционного права, регламентирующих экономическую и политическую деятельность в государстве³⁶.

Конституционная экономика представляет собой межотраслевые знания о том, в какой мере конституци-

³⁴ *Мау В.А.* Конституционная экономика и история // Законодательство и экономика. 2003. № 12. С. 21–22.

³⁵ *Баренбойм П.Д., Кутафин О.Е.* Статус Центрального банка как основной вопрос конституционной экономики // Банк России в XXI веке / Под ред. П.Д. Баренбойма, В.И. Лафитского. М.: Юстицинформ, 2003. С. 13.

³⁶ *Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А., Лафитский В.И.* Конституционная экономика: проблемы теории и практики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 2. С. 3.

онные нормы и принципы влияют на принятие политическими органами государства важнейших экономических решений, облакаемых в форму нормативных актов. Примером таких решений могут служить законы о бюджете, о налогах и сборах, о способах преодоления экономического кризиса и т.д. Конституционная экономика характеризуется и как междисциплинарное направление раскрытия регулятивного потенциала наиболее обобщенных и социально значимых конституционных положений в сфере экономики³⁷.

Первоначально предложенный экономистами конституционно-экономический анализ был поддержан теоретиками и практиками в сфере юриспруденции. Профессор Йельского университета Брюс Акерман называет появление научного и учебного направления о соотношении и взаимосвязи права и экономики «самым значительным достижением в области юридического образования за последние столетия»³⁸.

В 1980-е годы прошлого столетия наряду с широким развитием академических исследований в США и Англии в Индии возникло движение по практическому претворению идей конституционной экономики в жизнь. Оно было инициировано Верховным судом этой страны в виде поощрения граждан к подаче заявлений и судов к принятию к рассмотрению дел в порядке судопроизводства в общественных интересах. Расширенно трактуя некоторые статьи Конституции Индии, судебная власть в течение десятка с лишним лет вела борьбу за обеспече-

³⁷ *Мазаев В.Д.* Метод конституционного права и конституционная экономика // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / Сост. П.Д. Баренбойм, А.В. Захаров. М.: Летний сад, 2010. С. 194.

³⁸ *Беттелл Т.* Собственность и процветание. М.: ИРИСЭН, 2008.

ние экономических и социальных прав беднейших слоев населения³⁹. В настоящее время актуальные вопросы конституционной экономики постоянно обсуждаются на Западе в целом ряде периодических изданий, первым из которых стал академический журнал *Constitutional Political Economy* («Конституционная политическая экономика»), издающийся с 1990 года.

Особое значение конституционно-экономический анализ имеет для развивающихся стран и стран с переходной политической и экономической системой. Справедливое распределение национальных ресурсов является проблемой для стран этой категории, где конституции зачастую рассматриваются как абстрактные правовые документы, не влияющие на реальную экономическую политику. Примерно в 75% независимых стран мира государство осуществляет полный контроль над экономикой и финансами, поэтому участие общества и граждан в процессе определения экономических и бюджетных приоритетов страны является минимальным или нулевым⁴⁰. Конституционная экономика востребована в первую очередь в государствах, где власть не заботится о соблюдении экономических прав граждан.

Следует отметить: ход избирательных кампаний 2008 и 2012 годов в США прошел во многом под эгидой конституционной экономики, когда партии и кандидаты в президенты со ссылкой на одни те же конституционные нормы и принципы выдвигали и обосновывали противоположные стратегические экономические решения. По

93

сути, экономика стала доминирующим фактором избирательных кампаний в США 2008 и 2012 годов. Даже война и мир рассматривались в первую очередь с позиции целесообразности расходования соответствующих средств на ведение войн и закупки вооружений по сравнению с финансированием образования, здравоохранения, социального обеспечения и т.д. Большую остроту в предвыборной полемике приобрели вопросы начала добычи собственных запасов нефти и газа, которые ранее почти единодушно рассматривались как стратегический энергетический ресурс для будущих поколений. Избирательная кампания оказалась местом столкновения элит и различных конституционно-экономических подходов к проблемам стратегического развития, и это привело к классическому с точки зрения представительной демократии голосованию по указанным вопросам всеми гражданами страны. Такое в истории случается не часто, поскольку обычно стратегические экономические решения принимаются в более или менее закрытом режиме в недрах исполнительной власти с последующим, часто ограниченным обсуждением в рамках процедур законодательной власти и с относительно редким (именно для стратегических решений) конституционным надзором со стороны судебной власти. Поэтому наличие конституционно-экономического экспертного анализа наиболее острых политических и экономических проблем — важное условие их квалифицированного обсуждения при представлении, например, антикризисных мер.

Особенно конституционная экономика важна для юристов-конституционалистов, которые первыми должны ответить на вызовы нового времени. Если юристы не сделают шаг навстречу конституционной экономике, она просто пройдет мимо них, предоставив экономистам, философам, социологам и политологам самостоятельно методологией своих наук определять содержание тех кон-

³⁹ *Cooper J. Poverty and Constitutional Justice // Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings / Ed. by L. May and J. Brown. Wiley-Blackwell, UK, 2010.*

⁴⁰ *Scully Gerald W. Constitutional Economics: The Framework for Economic Growth and Social Progress // www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/13285.pdf.*

ституционных ценностей, которые напрямую связаны с конституционными понятиями благосостояния народа и материальными гарантиями защиты, достижения и сохранения этих ценностей.

Если так произойдет, тогда конституционному праву останется только формальная систематизация конституционных текстов и преподавательская деятельность по вопросам структуры и истории создания текстов конституций. Без знания и понимания конституционной экономики современный юрист-конституционалист будет не в состоянии дать содержательный анализ не менее чем половины текста основного закона и находить правильные критерии при оценке и решении судебных дел, так или иначе связанных с благосостоянием народа и материальными гарантиями конституционных прав и свобод.

Тогда отсутствие специального знания вопросов взаимозависимости принципов и норм конституции и государственных решений, непосредственно затрагивающих вопросы благосостояния народа и всех отдельных граждан, может быть «восполнено» субъективизмом, случайной конъюнктурой, уступкой давлению других органов государственной власти. Именно последнее будет по существу лишать суд возможности составлять самостоятельное мнение по вопросам, связанным с экономикой, а значит, де-факто ограничивать его самостоятельность и независимость. В результате, разделение властей по существу будет сведено на нет неспособностью судебной власти иметь самостоятельное суждение по экономическим вопросам.

В конституционной экономике речь идет о новом уровне отношений юридического и экономического анализа. Вероятно, философия права может способствовать этим процессам.



На Западе конституционная экономика рассматривается преимущественно как субдисциплина в рамках экономической науки, а в России с 2000 года она сразу стала развиваться в рамках комплексных исследований экономистов и юристов с применением полученных результатов в учебном процессе в юридических и экономических вузах.

Постоянные рубрики «Конституционная экономика» имеются в таких журналах, как «Законодательство и экономика» и «Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения».

Российская школа конституционной экономики, начавшая свое формирование в 1999–2000 годах, исходит из более узкого, чем у Бьюкенена, понимания «конституционализма», рассматривая это понятие лишь как «применение конституции» — действующего основного закона государства. В России за последние десять лет появилось множество публикаций, посвященных конституционной экономике, в том числе несколько учебных пособий и учебник для студентов юридических и экономических специальностей. В 2006 году конституционная экономика была внесена Российской академией наук в перечень специальностей, номинируемых для избрания членов-корреспондентов РАН. Конституционная экономика имеет значение как критерий экономической политики государства и, что еще важнее, — инструмент участия гражданского общества в определении приоритетов этой экономической политики.

Конституционная экономика предъявляет определенные требования к бюджету и бюджетной политике государства. Сформулированный Бьюкененом базовый

тезис конституционной экономики об отсутствии интеллектуального превосходства государства над своими гражданами в вопросах экономической жизни страны должен заинтересовать институты гражданского общества в отношении использования Конституции при защите экономических и социальных прав граждан, а также активизировать гражданскую позицию самого населения.

Председатель Конституционного Суда России В. Д. Зорькин так поставил вопрос о конституционных ограничителях свободы усмотрения и компетенции законодательной власти при решении вопросов финансирования: «Если органы, представляющие какую-либо из ветвей государственной власти, допускают отклонение от своего обязательства по обеспечению конституционных гарантий экономических и социальных и прав граждан, — то его соблюдение может быть обеспечено Конституционным Судом РФ, исходя из принципа разделения властей и принципа согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти»⁴¹.

Примечательны слова Зорькина:

«Одна из главных проблем современной России — явно недостаточная забота об уровне высшего образования и развитии академических исследований. В первую очередь это касается права. Страна отстает от настоятельных требований национальной экономики, нуждающейся в десятках тысяч понимающих экономические проблемы юристов и не меньшем количестве экономистов, разбирающихся в вопросах правового обеспечения.»

Результатом является плохое качество экономического законодательства, проблемы в практике его применения и, в конечном итоге, — отставание в экономи-

ческом развитии. Обратите внимание: Китай обошел почти все передовые страны по вложениям в развитие знаний. Думается, с этим в немалой степени связаны его экономические успехи.

Буквально все стремительно развивающиеся страны — Китай, Индия, Южная Корея, идущие по пятам за США, — становятся очень конкурентоспособными... Они инвестируют в образование и профессиональное мастерство, обучая своих граждан «языкам» современной экономики (английскому, программированию и финансам). Даже европейские инвестиции в науку и образование далеко отстают от этих стран.

Если в России сейчас нет денег на инновации в обучении праву и экономике, следует временно решать эти вопросы реструктуризацией учебного процесса.

Мы не можем ждать, пока подрастет первое поколение, в котором студенты-юристы будут иметь хотя бы бытовой запас экономических знаний, а студенты-экономисты будут со школы знакомы с основными правовыми (особенно конституционными) ценностями.

Преодолеть разрыв сейчас можно только интенсивными усилиями по внедрению экономических и конституционных знаний в вузах. Поэтому для России введение в юридических и экономических вузах такого нового учебного курса, как конституционная экономика, становится критически важным».

Ведущий российский конституционалист уловил важную особенность современного конституционного развития, связанного с идеями правового государства. Правовое государство в странах переходного к демократии и гражданскому обществу периода должно развиваться на базе учета экономического благополучия граждан и в условиях непрерывной, рассчитанной на десятилетия правовой реформы, результаты которой, в конечном счете, и являются признаком реальности вер-

⁴¹ Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М.: Норма, 2010.

ховенства права в каждой переходной стране, в том числе и в России. Некоторые авторы справедливо указывают на необходимость использования методов смежных наук при применении конституционного права и в связи с этим приводят интересные наблюдения проблем институциональной инерции, исследованные в рамках научного направления «институциональная экономика». У нас несколько смешались понятия «институциональная экономика» и «конституционная экономика». Тем не менее, они различаются. Первое направление исследует институты и их поведение в рамках чисто экономических и логических категорий, тогда как конституционная экономика изучает экономическую деятельность государственных и иных институтов, используя правовую методологию и рассматривая их под углом конституционных ценностей и понятий конституционного права. Проще говоря, институциональная экономика — направление в рамках экономической науки, а конституционная экономика — комплексное направление, совмещающее методы экономической науки и конституционного права. При этом оба вышли из разработок американских экономистов второй половины XX века, в связи с чем уместно совершить краткий экскурс в историю.

Уже в 80-е годы XX века американские экономисты стали использовать термин «институциональная экономика» и развили соответствующий учебный курс для экономических вузов. Однако недооценка конституционного анализа экономических проблем, по существу, не дала этому направлению развиваться в методологию для практических действий по проверке законности экономических решений государственных органов. Поэтому в мире и в России институциональная экономика остается в первую очередь важной учебной дисциплиной в рамках программы экономических вузов. Конституционная экономика в России отошла от традиционной чисто эконо-

мической риторики американских «основателей» и развивается как комплексное направление по исследованию стратегических решений и конкретных действий государственных органов в сфере экономики с позиций их соответствия принципам, нормам и ценностям Конституции России (конечно, с учетом существующих реальных экономических возможностей). Поэтому российская школа конституционной экономики ориентируется на развитие идей комплексной правовой реформы и создания в ходе такой реформы (в рамках новой правовой системы) четкой и непротиворечивой подсистемы экономического законодательства, соответствующей идеям и требованиям Основного закона. Пока эта стратегическая задача только обсуждается, конституционная экономика концентрируется на проблемах прямого действия Конституции РФ через ее применение в судебных решениях, в первую очередь в работе Конституционного Суда РФ.

Объединение усилий конституционной экономики и институциональной экономики в изучении взаимосвязи экономических и конституционных вопросов в условиях текущего экономического кризиса могло бы стать качественным этапом в развитии каждого из этих научных направлений в России. Например, идея «институциональных ловушек» весьма интересна при исследовании соответствия конституционным целям стратегических долгосрочных и среднесрочных экономических решений, принимаемых органами государственной власти (например, для оценки распределения государственных средств и усилий в рамках экспортно-сырьевой, индустриальной и инновационной моделей не абстрактно академически, а применительно к конкретным бюджетным и иным расходным или регулирующим законам в экономической сфере, а также к законодательно закрепленным среднесрочным планам и программам, порождающим расходование средств в будущем).

Тесное переплетение между собой экономики и права на конституционном уровне особенно видно в бюджетной сфере и ставит конкретные практические вопросы. Юристы-конституционалисты и экономические эксперты в бюджетной сфере зачастую искренне не понимают друг друга, хотя, как правило, юристы почти всегда по чисто психологическим причинам отступают перед математическими формулами и научным аппаратом экономистов. Что, конечно, не делает экономистов более правыми, а бюджет — более точным с позиций конституционных положений. В конституционной экономике речь идет не просто о само собой понятном и необходимым взаимном дополнении юридического и экономического анализа, а об их частичном слиянии и взаимопроникновении, причем как в теории, так и на практике, т.е. о создании их методологического единства в целях устранения их фактической противоположности. Проще сказать, конституционная экономика требует многофакторной экономической стратегии внутри страны и за ее пределами, а не просто конъюнктурных и часто случайных экономических решений, исходящих только из понятия сиюминутной политической выгоды, которая зачастую не совпадает с базисными направлениями стратегического экономического развития страны и постоянного повышения благосостояния ее граждан.

Конституционная экономика как наиболее очевидное приложение конституционного права к нуждам сегодняшней экономической жизни может на данном этапе сделать для популяризации Конституции РФ и распространения конституционализма до сознания каждого школьника больше, чем любое другое научное направление.

Кроме того, как писал в своих «Тезисах о правовой реформе в России» Валерий Зорькин: «Мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира только

используя право как серьезный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения... Следует признать, что Россия имеет отсталую правовую систему, и предпринять решительные шаги по проведению правовой реформы». Под каждым приведенным словом можно подписаться, тем более, что улучшение экономической жизни граждан должно стать главным направлением и задачей правовой реформы, для чего необходимо активно развивать конституционную экономику.

В ситуации постоянной угрозы глубокого экономического кризиса у нас в стране нет эффективного антикризисного механизма, помогающего смягчить возможные социально-экономические проблемы, затрагивающие самые насущные материальные нужды населения и способные создать опасную ситуацию для конституционного строя страны.

Сложившаяся за последние годы экспортно-сырьевая модель российской экономики не поддерживается какими-либо встроенными институционально-нормативными антикризисными механизмами, потребность в наличии которых определяется конституционной экономикой в качестве первой конституционной обязанности государства.

В первые дни кризиса осенью 2008 года вновь появился, по меткому определению В. И. Лафитского, «чернобыльский синдром», проявляющийся в непредоставлении населению жизненно важной для него информации, необходимой, чтобы подготовиться к наступающим тяжелым временам. Предоставление обоснованной, взвешенной информации населению — показатель конституционного уважения государства к своим гражданам, которое рано или поздно обернется ответным конституционным уважением граждан к своему государству. Среди экономистов сейчас модно говорить о том, что

антикризисный «Новый курс» Франклина Рузвельта во времена Великой депрессии в США 30-х годов прошлого века был не нужен и только продлил срок действия экономического кризиса. Эта точка зрения неубедительна. И не только потому, что выводы делаются по прошествии многих десятилетий. Бездеятельность государства могла вызвать социальный и политический взрыв, равносильный тому, который в те же годы в Германии привел к власти нацистов. Если бы Рузвельт не начал диалог с Америкой и не предложил целый комплекс реальных или отвлекающих экономических мероприятий, антикризисный институционально-нормативный механизм в США не был бы создан и не сглаживал бы многие кризисные явления в течение почти 70 последующих лет. Сейчас же, по мнению большинства американских экспертов, этот механизм нуждается в серьезной модернизации.

В России подобного механизма никогда не было, и 10 лет после кризиса 1998 года оказались в этом смысле упущенными. Свою роль сыграли и отсутствие государственного заказа на заблаговременную разработку антикризисной стратегии, и неимение комплексной конституционно-экономической экспертизы. Экономика слишком важна, чтобы предоставить ее только экономистам, равно как и право слишком важно, чтобы предоставить его только юристам. На этом и базируется необходимость комплексного подхода, воплощенного в идее российской модели и школы конституционной экономики.

В нашей деидеологизированной стране базисное стремление людей к улучшению или поддержанию достойных материальных условий своей жизни (особенно у молодежи) — нормальное явление, которое в былые времена осуждалось как мещанство. Только на базе Конституции 1993 года получило юридическое оформление нормальное конституционное право граждан страны требовать от государства и конституционная обязан-

ность государства предоставлять им приличные условия существования и возможности своей трудовой или предпринимательской деятельностью поддерживать такие условия. В то же время серьезный и уважительный со стороны государства диалог с населением о реалиях и альтернативах экономической жизни является принципом конституционной экономики и конституционной обязанностью государства. Поэтому сегодня конституционная экономика — наиболее перспективное направление развития народного конституционализма.

В настоящее время у населения нет особого уважительного отношения к Конституции. Однако постановка вопросов с позиции конституционной экономики может изменить ситуацию. Нам надо пересматривать наши традиционные понятия и приводить их лингвистически и содержательно в соответствие с мировыми. Мировое понятие «конституционалист» никогда не было таким, как в России. Это создает понятийный разрыв и препятствует полному усвоению достижений мировой передовой мысли. У нас конституционалист — специалист по конституционному праву. А во всем мире конституционалисты — люди, изучающие вопросы применения конституции в самых разных сферах жизни, в том числе в сфере экономики.



Независимость Центрального банка с позиций конституционной экономики — важнейший элемент антикризисного механизма. Во второй половине XX века была разработана, а в 90-х годах получила закрепление в законодательстве многих стран конституционная док-

трина независимости центральных банков от исполнительных и законодательных органов власти. Она была инициирована прежде всего усилиями экономистов в рамках научных подходов конституционной экономики. Для нас это особенно важно, потому что Конституция 1993 года включает статью 75, предусматривающую независимость Банка России при осуществлении его конституционной функции по защите устойчивости рубля. Более того, руководители центральных банков ведущих стран на пороге XXI века в ходе симпозиума «Независимость и ответственность. Развитие центральных банков», проведенного в мае 2000 года в честь 200-летия Банка Франции, еще раз концептуально сформулировали подход к независимости. Так, занимавший в то время пост президента Банка Франции Жан-Клод Трише заявил: центральные банки не входят ни в какую ветвь власти и ответственны за свою деятельность непосредственно перед всеми гражданами своей страны. По мнению именитых финансистов, центральные банки, ответственные за печатание денег, создание золотовалютных резервов и борьбу с инфляцией, не должны находиться в подчинении у законодательной и исполнительной ветвей власти, чтобы избежать влияния сиюминутных политических интересов на долговременные финансовые интересы страны. (Этот пример показывает: наука конституционного права должна «догонять» конституционную экономику, одновременно переосмысливая в III тысячелетии многие традиционные доктрины, начиная с доктрины разделения властей.) Даже во время кризиса 2008–2009 годов наш Центральный банк фактически являлся филиалом Минфина и не пытался самостоятельно реализовать свою конституционную обязанность обеспечения устойчивости рубля. Для нас вопрос независимости Банка России при поддержании устойчивости рубля может стать одним из главных при создании в стране антикризисного

механизма. Это может стать одним из центральных полей конституционно-экономического сражения против бюрократической инерции и конституционного нигилизма отсталой части чиновников российского госаппарата.

Необоснованное вмешательство и невмешательство государства в экономику является препятствием для создания антикризисного механизма с позиций конституционной экономики. Особого внимания применительно к России заслуживает конституционно-экономический анализ разработанного в Бельгии понятия «государственной коррупции», когда судей или должностных лиц прямо или косвенно вынуждают принять экономическое решение, исходя из иногда ложно или конъюнктурно понятых интересов государства, создавая неравенство частных и государственных интересов и форм собственности. Сюда же относятся законодательные решения, принятые под воздействием лоббирования конкретных госорганов. При этом такие решения на самом деле далеко не всегда совпадают с реальными экономическими интересами государства и общества.

Одним из последовательно ошибочных направлений государственной экономической политики в России с позиций конституционной экономики следует признать подходы к развитию рынка ценных бумаг и акционерного капитала. Переписывая в плохом переводе с английского западные институты финансового рынка для России, наши законодатели вообще не учитывают возможность кризисов и резкого падения курса акций на рынке ценных бумаг.

Ответственность предпринимателей также крайне важна для построения антикризисного механизма, поскольку условия стабильности и предсказуемости имеют большое значение для поведения представителей бизнеса и государства в условиях кризиса, когда можно говорить о конституционной законности как критерии

при принятии самых срочных и неотложных экономических антикризисных решений, вторгающихся в сферу действия существующего законодательства. Например, в России критерии для привлечения к ответственности за преднамеренное банкротство или, например, банкиров к уголовной ответственности за незаконную банковскую деятельность намного более размыты, чем за аналогичное правонарушение в любой иностранной развитой правовой системе. В условиях финансового кризиса это может расширить границы свободного усмотрения правоохранительных органов и привести к необоснованному возбуждению многих уголовных дел, а значит, еще более дестабилизировать ситуацию в банковском секторе экономики.

Одним из наиболее показательных моментов дефицита конституционной экономики в России является явно недостаточное внимание к развитию современной платежной системы в стране. Применение системы расчетов в режиме реального времени (Real-Time Gross Settlement) позволяет проводить в рамках национальной юрисдикции платежи посредством единой технологической системы, что укрепляет надежность, своевременность и прозрачность платежей, активно вовлекает Центральный банк в повышение ликвидности всех расчетов, снижает издержки бизнеса и банков из-за обычной задержки прохождения платежей, резко повышает общую эффективность финансовой системы, а значит, и всей национальной экономики.

В статье 3 Закона о Центральном банке РФ «развитие национальной платежной системы» является целью деятельности Банка России. Пока не очень заметно, чтобы он стремился к этой цели. Или чтобы ему давали такую возможность. В феврале 2013 года мимоходом прошла информация, что находящиеся на улицах отдельно стоящие автоматы для платежей принадлежат «серой

экономике», нигде не учтены и, хотя осуществляют коммунальные и мобильные расчеты, но проценты присваивают «серые» частные лица и компании. Почти мгновенно простоявшие несколько лет на всех углах многие тысячи автоматов исчезли (или перестали работать) с улиц Москвы, никакого скандала не разразилось, никакие вопросы перед официальными должностными лицами, допустившими подобную ситуацию, не были поставлены. Уровень коррупции здесь, кажется, превысил все возможные пределы.



Решения Конституционного Суда РФ являются магистральным путем применения Конституции РФ 1993 года и гарантией ее жизнеспособности и самореализации. Конституция США 1787 года состоит из пары десятков страниц текста и более 500 томов решений Верховного суда США. Конечно, Конституционный Суд РФ за прошедшие после принятия Основного закона 20 лет столько не наработал, но все же его судебную практику следует в целом признать успешной. Решения Конституционного Суда РФ, а также решения других судов являются стержневыми для построения Правового государства и сегментом антикризисного механизма, от скорости и добротности создания которого во многом зависит глубина и продолжительность любого экономического кризиса. Приведу дословно статью журналиста Юлии Яковлевой из РБК daily за 13 марта 2013 года.

Депутаты дадут срок жизни плохим законам

Госдума рассматривает поправки к закону «О Конституционном Суде», согласно которым с трех до шести месяцев будет увеличен срок внесения изменений в законы, признанные противоречащими Конституции. Формальная причина — аппарат правительства не успевает приводить в соответствие с главным законом страны все отвергнутые судом акты. Некоторые депутаты выступили с критикой законопроекта, поскольку уверены, что он позволит власти беспрепятственно откладывать «на пыльные полки» нужные ей документы. Парламентарии выступают за введение штрафов за нарушение сроков.

Комитет Госдумы по конституционному законодательству и государственному строительству рекомендовал принять ко второму чтению поправки к закону «О Конституционном Суде». Их автор, глава комитета Владимир Плигин, предложил вдвое увеличить срок внесения правительством изменений в те законы, которые суд признал неконституционными. Предполагается, что это должно проходить в шестимесячный срок, если иной не указан в постановлении.

Предложение актуально: сотни законодательных актов остаются неисправленными после судебного решения в силу «перегруженности» правительственного аппарата. Как рассказал РБК daily глава юридической службы КПРФ Вадим Соловьев, в прошлом созыве Госдумы таких документов было более 1500. Когда Сергей Нарышкин вступал в должность председателя Госдумы, он говорил в своей программе, что нужно ликвидировать этот разрыв, чтобы такие законы не накапливались. «Дело неплохое, в общем», — одобрил поправки г-на Плигина коммунист, член думского комитета единоросс Владимир Поневежский назвал поправку необходимой. «Три меся-

ца — очень мало, правительство в этот срок не укладывается. А решения суда нужно исполнять», — сказал депутат. Коллега из «Справедливой России», зампред комитета Александр Агеев, напротив, не стал голосовать за поправки. Он возмущен тем, что правительство «ни разу не уложилось» в отведенные ему законом три месяца и теперь увеличивает этот срок в два раза. «Они, несмотря на многотысячный аппарат, не могут наладить работу, ничего не делают. На все эти вещи должны реагировать профильные министерства, но у них там очень длинная цепочка согласований, которая мешает нормальному развитию», — сетует он. По убеждению г-на Агеева, Госдума примет поправки, а нужно бы «вводить жесточайшую административную ответственность».

Упрекнул в нерасторопности кабинет министров и другой зампред комитета по госстроительству, Сергей Иванов из ЛДПР. «Правительство крайне медленно работает», — жалуется он. Но, по его мнению, вносить поправки после решения КС должен президент как гарант Конституции.

Первый вице-президент Международного союза (содружества) адвокатов, специалист по конституционному праву Петр Баренбойм резко осуждает проводимые поправки. Он обращает внимание, что депутаты предлагают формулировку «как правило, не позднее шести месяцев». По его мнению, это делает норму резиновой. «Есть в теории понятие «резиновая норма». Я считаю, такая формулировка нивелирует любое решение Конституционного Суда. А депутаты идут на поводу у правительства», — подчеркивает он. Юрист отмечает, что он также против увеличения срока до полугода. «Трех месяцев более чем достаточно. Если суд говорит, что закон неконституционный, это чрезвычайная ситуация, которую нужно разрешать сразу же», — поясняет он.

Можно рассматривать эту статью как очередную информацию о борьбе за правовое государство и его оплот — Конституционный Суд России. Кстати, слова «как правило» после публикации все же вычеркнули.

Наша Конституция начинается со следующей преамбулы: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, возрождая суверенную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы, стремясь обеспечить благополучие и процветание России, исходя из ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества, принимаем КОНСТИТУЦИЮ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ».

Казалось бы, это всего лишь лозунг, но надо понимать следующее: Конституция России 1993 года — это первая реальная конституция нашей страны, первый юридический документ — Основной закон, который имеет прямое действие. Прямое действие означает, что на основании этой книжечки, без всяких дополнительных законов, кодексов, инструкций и положений можно идти в суд, и не только в суд, и требовать выполнения той или иной статьи Конституции. А если действующий закон в чем-то, по мнению заявителя, противоречит ей (а конституция — это и текст, и дух, и принципы, и содержание, и практика его применения), то не закон должен применяться, а положение Конституции.

Формулировку «Мы, народ...» в писаной конституции впервые употребили Соединенные Штаты Америки. (Кстати, американцы заимствовали ее из документа о Со-

юзе шести ирокезских племен. Более того, как мы обсуждали с авторитетным конституционалистом и переводчиком американской Конституции Василием Власихиным, правильной все-таки перевести «We The People...» как «Мы, люди...», что подчеркивает, что каждый является автором Конституции сам по себе, а не только как часть такой общности, как народ.)

Идея правового государства обращена в первую очередь к молодежи. На лекции в Санкт-Петербургском гуманитарном университете профсоюзов я сказал студентам: «Вам необходимо усвоить одну простую истину: так как Конституция гарантирует всем права на благополучие, свободы, блага, которыми богата Россия, то вы должны все, что происходит в стране и своем городе, оценивать с точки зрения своих прав как народа — автора конституции, который выше органов власти. И если они ведут себя неправильно, то на это надо реагировать. Не обязательно выходить на улицы — в России это плохо кончается, как показал 1917 год. Но высказываться по этим поводам необходимо. Почему в России при наличии денег в казне так ничтожно мало тратится на среднее и высшее образование, развитие общественных наук? Кто спрашивает с властей по этому поводу? Нужны и конституционные права, и соответствующие экономические возможности. Нельзя подходить к этим вопросам прямолинейно: есть конституционное право на что-то — значит, умрите, но немедленно дайте. Это не реалистическая, не государственная постановка вопроса. Но всегда надо точно рассчитать, провести экономический конституционный анализ, и только после этого принять государственное решение, и требовать от власти отчета, что такой анализ был проведен, молодежь должна... Это и будет конституционная экономика в действии — то, что необходимо современной России. Если кто-то считает, что в этом есть что-то необычное

или невозможное, то я хотел бы процитировать лозунг, написанный в 1968 году на стене Сорбонны: «Будьте реалистами — требуйте невозможного».

Приведу еще одну статью Юлии Яковлевой из газеты РБК daily.

Оппозиция «протащит» в Госдуму антикоррупционную норму ООН

КПРФ вместе со студентами российских вузов вчера передали в Госдуму 115 тысяч подписей в защиту ратификации статьи 20 Конвенции ООН против коррупции, предполагающей санкции за незаконное обогащение чиновников. «Справедливая Россия» тоже начала сбор депутатских подписей для рассмотрения соответствующего законопроекта. Парламентарии надеются, что принятые меры помогут обеспечить обсуждение документа на весенней сессии, несмотря на противодействие со стороны партии власти.

С января по март 2013 года студенты и аспиранты российских вузов собирали в Интернете подписи в защиту ратификации спорной статьи Конвенции ООН. Акцию поддержала фракция КПРФ, и вчера фамилии сочувствующих были переданы в Госдуму. «Статья требует прекратить незаконное обогащение, прежде всего чиновников, поэтому они боятся ее как черт ладана», — сказал лидер партии Геннадий Зюганов.

Член комитета Госдумы по безопасности и противодействию коррупции эсер Дмитрий Горовцов вспоминает, что борьба за статью ведется с 2006 года, когда Россия подписала конвенцию. Все время депутаты сталкиваются с противодействием со стороны правительства и «Единой России», говорит он: «Их аргументы сводятся к тому, что статья противоречит статье 49 конституции о презумпции невиновности. Но они, наверное, не знают о решениях Конституционного Суда 2001 и 2003 годов о том, что граждане, идущие на госслужбу, со-

знательно берут на себя ответственность». По словам депутата, в комитете, куда он входит, в течение трех лет не рассматривается законопроект, предполагающий ратификацию статьи. «Мы тоже начали сбор подписей депутатов. Их будет более 90, то есть одна пятая часть парламента. При таком количестве не рассматривать будет невозможно», — надеется эсер.

Один из авторов законопроекта, коммунист Валерий Раишкин, также уверен, что рассмотрение неминуемо: с одной стороны, депутатские подписи, а с другой — собрано более 100 тысяч подписей граждан, что, как обещал президент, служит причиной парламентского обсуждения. «Я думаю, Путин обяжет рассмотреть», — сказал он. — Пока за нежеланием я вижу классовый подход и понимание, что, как только заработает 20-я статья, 99% чиновников нужно будет либо перестать красть, либо сесть за решетку».

В «Единой России» за действиями оппозиционных депутатов видят лишь политическую мотивацию. Зампред комитета по безопасности единоросс Александр Хинштейн утверждает, что он является сторонником ратификации, поскольку это дает реальный механизм борьбы с коррупцией. «Но мы понимаем, что просто ратифицировать невозможно. Для этого необходимо вносить системные изменения в законодательство», — указывает политик.

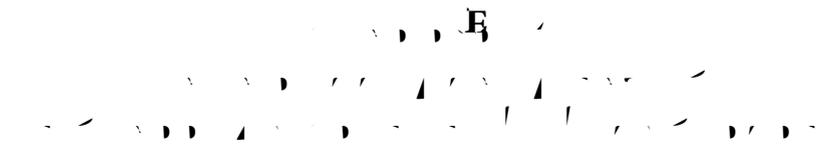
Председатель Национального антикоррупционного комитета (НАК) Кирилл Кабанов называет 20-ю статью «единственным инструментом», который позволил бы предотвращать коррупционные преступления. Сотрудники НАК участвуют в борьбе за ее ратификацию. По его мнению, этот процесс можно провести в два этапа: сперва принять статью, а затем внести изменения в УК, предполагающие наказание за незаконное обогащение.

Проблем с ратификацией не видит и первый вице-президент Международного союза (содружества) адвокатов, специалист по конституционному праву Петр Баренбойм. Эксперт обратил внимание, что в 20-й статье прописано, что она работает лишь «при условии соблюдения своей конституции». По его мнению, принятие законопроекта, напротив, упрочит положение России, имеющей низкие рейтинги по коррупционным показателям».

Конституционный цинизм большинства депутатов Государственной думы РФ здесь столкнулся с конституционным идеализмом сотен тысяч российских студентов, а международная доктрина верховенства права встретилась с нынешним неправовым, а значит, и недостаточно конституционным Российским государством. Довольно яркий пример.

Конституционные идеалы могут и должны быть осуществлены. И это произойдет, когда философы права станут конституционалистами, владеющими методологией конституционной экономики, а юристы-конституционалисты станут философами права. Это «невозможный реализм» нашего времени.

Идея правового государства должна стать движущей силой достижения благосостояния и процветания граждан России. Идея правового государства первична, а коррумпированная и бюрократизированная государственная материя вторична. Конституционализм — это идеализм самого высшего толка. Кроме того идея, записанная в конституцию, — это закон, который власть под контролем граждан обязана претворять в жизнь, это идея обязательная для материализации.



Отстав на 200 лет в осмыслении государственно-правовых идей Юма и Канта, наша философская и юридическая наука может просмотреть и близкую к нам и понятную без перевода эстетическую концепцию государства, выработанную знаменитым русским мыслителем и художником Николаем Рерихом. Рерих продолжил и развил в глубокую и практически выполнимую государственную доктрину лозунг, выдвинутый Достоевским «Красота спасет мир!». Отсюда начинается мощное русское направление в развитии концепции эстетической государственности. Изучение философско-правового наследия Рериха важно для разработки доктрины правового государства, в первую очередь, в связи с тем, что им выдвинута основополагающая и наиболее характерная черта правового государства, без которой сама возможность разработки доктрины на современном этапе может стать недостижимой.

После войн и революций начала XX века Рерих убедился, что уровень развития человечества пока не позволяет надеяться на существенное снижение уровня насилия, и выдвинул идею международного соглашения (впоследствии названного Пактом Рериха), устанавливающего принцип приоритета защиты культурных ценностей перед целями военной необходимости и предусматривающего принятие каждым государством внутреннего законодательства, направленного на защиту культурных ценностей и в мирное время. Сам Рерих неоднократно писал, что пакт является только начальным этапом процессов изменения государственных и общественных приоритетов, которые снизят, а впоследствии и почти полностью устранят опасность войн, что по Канту

является обязательным признаком правового государства. Пакт Рериха стал в 1935 году единственным международным договором, в официальное название которого включено имя его русского разработчика. К сожалению, российская правовая наука мало изучает вклад Рериха в доктрину правового государства. Конечно, антимилиитаристская позиция трудна для защиты и выдвижения в современной России. Но как верно заметил русский философ права Бибахин, «философия всегда шла против течения».

Для швейцарского историка Якоба Буркхардта (1818–1897), автора понятия «государство как произведение искусства» из вышедшей в 1860 году знаменитой книги «Культура Италии эпохи Возрождения», не важно, о каком государстве идет речь — о демократии, тирании или каком-то другом. То государство, которое делает культуру одним из главных приоритетов, в его понимании, подходит под категорию государства как произведения искусства.

Николай Рерих (1874–1947), которого все знают как художника, но многим он известен и по другим его увлечениям (в том числе по политической деятельности самого невероятного направления), оказался еще и философом права, развившим идею государства как произведения искусства. Он развил идею Буркхардта о приоритете культуры в государстве и мысль Достоевского, что красота спасет мир, оформив их в конкретные юридические формы.

Пакт Рериха — это набор идей, каким должно быть государство и каким должен быть путь к тому, чтобы государство стало, в моем понимании, государством как произведением искусства. В первую очередь, по Рериху, это такое государство, в котором доминантой является культура. Утопическая мысль, очень абстрактная, и она легко может быть оспорена с таких же абстрактных пози-

ций. Но Рерих с этой наивной формулой покорила почти половину земного шара. Уже почти 80 лет исполнилось с того времени, когда в 1935 году под влиянием идей Рериха и по подготовленному им проекту 21 страна подписала в Овальном Офисе Белого Дома в Вашингтоне Пакт Рериха о защите культурных ценностей во время войны. Председательствовал на этом заседании Президент США Франклин Рузвельт, который не только добился поддержки этой идеи, но и подвиг почти 40 процентов независимых стран того времени к подписанию конкретного юридического документа — Пакта Рериха, значимость которого до сих пор еще не осознана, а сам он до сих пор не воплощен в жизнь.

В чем суть этого короткого документа? Рерих быстро убедился после Первой мировой войны, что ничего сделать нельзя с ростом уровня насилия и агрессии, который существует в мире. Поэтому он добивался обуздания военной силы, запрета для военных разрушать произведения культуры и науки, в том числе и университеты, которые оказывались под защитой пакта Рериха.

Если говорить о государстве, то главное зло, идущее от него, — это войны. Государство воюет, гонит своих граждан на убой, потом никто не может разобраться, как после прошедших мировых войн, кто за что воевал. Остаются миллионы убитых, разрушаются памятники культуры. Рерих выдвинул простую и — я еще раз говорю — наивную мысль, чтобы запретить уничтожать произведения искусства в ходе войн. Был принят документ о приоритете культуры над военной необходимостью. Советский Союз, надо сказать, приглашенный к участию в этом пакте, замалчивал его и не подписывал. Сразу после войны появилась Гагская конвенция ООН, где идеи Пакта Рериха и сам пакт упоминаются в тексте конвенции, но его главная мысль была перевернута: военная необходимость была поставлена первой, а затем уже шла речь

о защите культурных объектов. В соответствии с этой конвенцией каждая страна должна представить список своих культурных объектов, которые, после регистрации их в ООН, подлежат защите в случае военных действий. И Советский Союз, и нынешняя Россия до настоящего времени не подали список своих культурных объектов в соответствии с этой конвенцией для защиты от войны. И единственное, что сейчас юридически защищает Санкт-Петербург от ядерного удара, — то, что он находится под охраной ЮНЕСКО, имеет особый статус, единственный в России. Может, поэтому туда и отправили Конституционный Суд?

Государство как произведение искусства — это государство, в котором поощряется творчество; которое верит в идеалы и всеми силами развивает и поддерживает культуру, где Министерство культуры и Министерство образования являются ключевыми в правительстве и всей системе государственных органов.

В

Государство как произведение искусства как тема и концепция вытекает из вопроса соотношения государства и культуры. Политологи, философы и, тем более, юристы, как мне кажется, привыкли несколько снисходительно относиться к идеям представителей художественной литературы и искусства, например о природе того же государства. Поэт Евгений Евтушенко написал: «Плохой вкус — это рычаг политики... Плохой вкус — это наша национальная проблема... Когда политика, ведущая себя как путана, напяливает подвенечное платье, плохой вкус не делает ее девушкой... Употребление блатного лексикона, чтобы «стать ближе к народу», — это плохой вкус... Счи-

тать войну до победного конца единственным выходом, даже если война бесконечна, — это плохой вкус... Да и сам наш парламент — это выставка вопиюще плохого вкуса некоторых избирателей... Считать, что спасение России лишь в устаревших системах, скомпрометированных историей, — в монархии, в капитализме, в тоталитарной версии социализма, не предлагая ничего нового, — это плохой вкус». Строки из книги «Памятники не эмигрируют» (2005) заслуживают цитирования, хотя их автор, на мой взгляд, не может считаться мыслителем уровня Бродского, провозгласившего в своей Нобелевской лекции необходимость развития эстетической концепции государственности в качестве противовеса современному государству. Мандельштам в трех стихотворениях 1933 года («Мы живем, под собою не чуя страны...», «Квартира тиха как бумага...» и, конечно, «Власть отвратительна, как руки брадобрея...») лучше выразил суть сталинской государственности, чем тысячи (в основном последующих) томов философских, исторических и юридических исследований. Именно о нем (сознательно) и Бродском (невольно) очень удачно сказал Евтушенко:

*...Немыслим профессионал-пророк.
Бессмертны лишь герои-дилетанты,
Неловкие с эпохой дуэлянты,
Не знающие, как нажать курок.*

Можем вспомнить умевшего нажимать на курок охотника и бойца Эдуарда Багрицкого, который посмел при жизни писать и печатать, что «зеленое сукно на столе вождя, как болото, всасывает в себя карандаши и пресси-папье», чтобы в другом стихотворении уже продолжить образ: «Стол раскидывался как страна, в крови и чернилах квадрат сукна, ржавчина перьев, бумаги клоч — все друга и недруга стерегло... Их нежные кости сосала грязь. Над ними захлопывались рвы. И подпись на пригово-

ре вилась струей из простреленной головы». Правда, он умер раньше 1937 года, который пережить у него шансов не было, но ведь печатал в цензурных условиях, и его, в отличие от литературных критиков XXI века, понимали некоторые его современники. У культуры есть — как мы видим, в любых условиях прорывается — врожденная функция одергивания зарвавшегося государства, но также придания смысла и содержания его существованию, если мы, конечно, заговорим о конституционном правовом государстве.

Великий сербский писатель Милорад Павич писал, что государство может иметь родословную, а может быть и выскочкой, может быть дешевой проституткой или дорогой женщиной, может быть хорошо или плохо одето, может предать свой род. Далее он пишет: «Государство приходит в упадок, если в нем хорошо живут те, кто его разрушает, и плохо живут те, кто его укрепляет... Должен признаться, что мне было довольно неуютно в государстве, созданном нашими отцами, боровшимися за светлое будущее, я никогда не чувствовал себя в нем хорошо. Потому что государство отцы кроили не по моим, а по своим меркам, они создавали его не для потомков, не для детей, не для нас, а только для себя». Павича еще в XX столетии критики заслуженно назвали «первым писателем XXI века». И он, по сути, выразил то, что должны чувствовать современные молодые люди в России по отношению к нашему более старшему поколению.

Боюсь, что не все мы, родившиеся до, скажем, 1980 года, осознаем, что государство под названием Россия (официально СССР) при нашем участии (а равнодушное участие недеянием еще более ответственно) благополучно (то есть почти без крови) исчезло с лица Земли, а в новом, ранее никогда геополитически не существовавшем государстве тоже под названием Россия мы не более чем не очень понятные пришельцы из советского прошлого.

Мы люди, потерявшие свое государство, а значит, и не обладающие каким-либо авторитетом перед лицом его нынешних граждан, тем более что мы продолжаем мыслить старыми категориями: кто в масштабе СССР, кто — Московской Руси. Подлинные же хозяева современной России — люди, родившиеся в ней, и, пожалуй, те кто не успел в СССР присягнуть Ленину и партии даже в качестве пионера, то есть родившиеся не раньше 1983 года. Они другого государства, кроме нынешнего, не знают и не очень интересуются историческими комплексами, реминисценциями и мемуарными всхлипами. Кроме того, они все больше отдаляются от нас на волне современной технологической революции. Между сегодняшними и постсоветскими россиянами не просто разрыв поколений, а разрыв стран и среды обитания. Если мы сейчас, когда Россия географически отброшена от Европы на тысячи километров, все еще продолжаем говорить об окнах и форточках в Европу, то наша молодежь не нуждается даже в двери, так как просто не видит никакой стены. Возможность съездить дешевым туром пока не лимитирована, а при желании, настойчивости и знании языка каждый из них может надеяться прорваться по грантам на учебу, а без грантов и на работу. Скоро любой референдум и выборы, опрос об отношении к любому закону и т.д. можно будет проводить в 12 часов московского времени одновременно по всей стране с использованием компьютеров и мобильных телефонов с электронным контролем, предотвращающим подтасовку результатов. Думаю, лет через несколько они просто разгонят всю политическую элиту, играющую с ними сейчас в комсомольские поддавки типа «наши-ваши», а заодно и научную элиту, если та не предложит идеи, соответствующие задачам XXI столетия.

Думаю, что возможен положительный перелом в изучении философско-правовой проблемы формирования новой конституционной модели правового государ-

ства в России XXI века, которая поможет становлению страны и, в конечном счете, может стать образцом для многих других государств. Как раз это наше поколение и должно делать, поскольку наш последний исторический шанс (свой упустили во время перестройки) — дать молодым гражданам современной России для обдумывания те мысли, которые помогут им использовать имеющиеся у них преимущества хозяев совершенно нового государства, чтобы основать его на передовых идеях, которыми они еще и поделятся с человечеством, а также противодействовать попыткам загнать страну в старое прокрустово ложе «нового милитаристского Советского Союза». Не ответив на этот последний исторический вызов, мы без большого почета сойдем со сцены и почти мгновенно можем стереться в памяти молодого поколения.

Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А., Лафитский В.И. Конституционная экономика: проблемы теории и практики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 2.

Баренбойм П.Д., Кутафин О.Е. Статус Центрального банка как основной вопрос конституционной экономики // Банк России в XXI веке / Под ред. П.Д. Баренбойма, В.И. Лафитского. М.: Юстицинформ, 2003.

Баренбойм П.Д., Захаров А.В. Пакт Рериха в XXI веке. М.: Летний сад, 2010.

Баренбойм П.Д., Захаров А.В. Флорентийская утопия: Государство как произведение искусства. М.: Лум, 2012.

Бетелл Т. Собственность и процветание. М.: ИРИСЭН, 2008.

Гаджиев Г.А. Этические основы философско-правовой категории «общее благо» в контексте конституционной экономики // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / Сост. П.Д. Баренбойм, А.В. Захаров. М.: Летний сад, 2010.

Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М.: Норма, 2010.

Соловьев Э. Категорический императив нравственности и права. М.: Прогресс-традиция, 2005.

Мазаев В.Д. Метод конституционного права и конституционная экономика // *Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики* / Сост. П.Д. Баренбойм, А.В. Захаров. М.: Летний сад, 2010.

May В.А. Конституционная экономика и история // *Законодательство и экономика*. 2003. № 12.

Краткая биография и Нобелевская лекция // *Лауреаты Нобелевской премии по экономике: автобиографии, лекции, комментарии*. Т. 2. 1983—1996. СПб.: Наука, 2009.

Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики. М.: Московско-Петербургский философский клуб, 2010.

Barenboim P. Defining the Rules // *The European Lawyer*. Oct. 2009.

Barenboim P., Sidiqi N. Bruges, the Bridge between Civilizations // *Grid Belgium*. 2010.

Bingham T. The Rule of Law. London: Penguin Press, 2010.

Blackburn S. How to Read Hume. London: Granta, 2008.

Cooper J. Poverty and Constitutional Justice // *Philosophy of Law: Classic and Contemporary Readings* / Ed. by L. May and J. Brown. Wiley-Blackwell, UK, 2010.

Constitutional Economics / Ed. Richard McKenzie. Lexington, Mass., 1984.

The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe / Ed. Francis Neate. London, 2009.

Scully Gerald W. Constitutional Economics: The Framework for Economic Growth and Social Progress // www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/13285.pdf

Smith A. The Wealth of Nations. New York: Random House, 2003.

Van den Hauwe L. Constitutional Economics II // *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2005.

Quinton A. Hume. New York: Routledge, 1999.

Петр Давидович Баренбойм

**Соотношение доктрин
Верховенства права и Правового государства
как главный вопрос философии права
и конституционализма**

Шеф-редактор М. Миронова
Художественное оформление М. Миронова
Корректор Т. Озерская
Цветокорректор С. Сухоцкая
Верстка, пре-пресс С. Прока

Подписано в печать 00.00.2013
Формат 70x100/16
Бумага офсетная 80 г/м²
Печать офсетная. Объем 7,25 усл. п. л.
Тираж 500 экз.



Издательство ЛУМ/LOOM
109387, Москва, ул. Люблинская, 42

Отпечатано в типографии
"Ярославский печатный двор"
г. Ярославль, Полушкина роща, 9