ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА

ЮРИЙ БОРИСОВИЧ ФОГЕЛЬСОН

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, д. 20

E-mail: yfogelson@hse.ru

SPIN-код: 6225-9875

DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-4-fogelson

МОДЕЛЬ РОССИЙСКОГО "НОМО LEGALIS" И УСТОЙЧИВОСТЬ ПОРЯДКА, ОСНОВАННОГО НА ВЕРХОВЕНСТВЕ ПРАВА¹

Аннотация. В статье рассматривается проблема создания в России устойчивого порядка, основанного на верховенстве права. До сих пор все усилия по его созданию терпели неудачу. Неустойчивость верховенства права в России объясняется тем, что попытки создания такого режима ограничивались инфраструктурными реформами и современные предложения по реформированию правовой и политической систем сводятся к изменениям инфраструктуры. Автор показывает, что при всей важности инфраструктуры главной причиной неустойчивости верховенства права в России является правосознание граждан. В начале XXI в. было введено в научный оборот понятие «социальная норма верховенства права» и было показано, что определяющим для соблюдения законов членами сообщества является наличие в их правосознании данной социальной нормы. В статье построена модель правосознания российских граждан (модель "homo legalis") и показано, что эта социальная норма у них отсутствует. Но вопреки бытующему мнению российские граждане являются не правовыми нигилистами, а правовыми утилитаристами. Соответственно устойчивость в России режима верховенства права может быть достигнута, если будут созданы условия для возникновения в правосознании российских граждан социальной нормы верховенства права. Рассмотрены три способа создания таких условий и показано, что вопреки бытующему мнению такая социальная норма может появиться достаточно быстро. Показана практическая возможность трансформации россий-

¹ Подготовка данной публикации осуществлена при поддержке факультета права НИУ ВШЭ в рамках деятельности проектной группы «Социальная история права как фактор обеспечения верховенства права» в 2020 г. и при информационной поддержке компании «КонсультантПлюс».

ской правовой системы, на основе наиболее реалистичного из этих трех способов и исходя из построенной модели российского "homo legalis".

Ключевые слова: верховенство права, социальные нормы, правосознание, правовая реформа

YURY B. FOGELSON

National Research University «Higher School of Economics»

20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russia

E-mail: yfogelson@hse.ru

SPIN-code: 6225-9875

MODEL OF RUSSIAN "HOMO LEGALIS" AND STABILITY OF THE ORDER BASED ON THE RULE OF LAW

Abstract. The paper deals with the problem of creating a stable order in Russia based on the rule of law. So far, all efforts to create it have failed. The instability of the rule of law in Russia is explained by the fact that attempts to create such a regime were limited to infrastructure reforms and modern proposals to reform the legal and political systems are reduced to infrastructure changes. The author shows that despite the importance of infrastructure, the main reason for the instability of the rule of law in Russia is the legal consciousness of citizens. At the beginning of the XXI century, the concept of "social norm of the rule of law" was introduced in scholarly debates and it was shown that the presence of this social norm in their legal consciousness is crucial for the observance of laws by members of the community. The paper builds a model of legal consciousness of Russian citizens (the "homo legalis" model) and shows that they do not have this social norm. But contrary to popular opinion, Russian citizens are not legal nihilists, but legal utilitarians. Accordingly, the stability of the rule of law regime in Russia can be achieved if conditions are created for the emergence of a social norm of the rule of law in the legal consciousness of Russian citizens. Three ways of creating such conditions are considered and it is shown that, contrary to popular opinion, such a social norm can appear quite quickly. The practical possibility of transformation of the Russian legal system is shown, based on the most realistic of these three methods and based on the constructed model of the Russian "homo legalis".

Keywords: rule of law, social norms, legal consciousness, legal reform

Введение

До сих пор в России не удавалось обеспечить устойчиво функционирующий порядок, основанный на верховенстве права. Попытки организации такого порядка в истории России хорошо известны: Уло-

женная комиссия Екатерины II и подготовленный для нее «Наказ» в конце XVIII в., проект М.М. Сперанского, созданный по поручению Александра I в начале XIX в., реформы Александра II конца XIX в., конституционная монархия начала XX в., модернизация Горбачёва — Ельцина в конце XX в. Во всех этих случаях режим правления, основанный на верховенстве права, или не удалось осуществить, или он оказался неустойчивым.

При Екатерине II и Александре I не удалось даже приступить к созданию необходимой инфраструктуры. При Александре II был создан основной ее элемент, необходимый для верховенства права, — независимые и справедливые суды. Но в своем первоначальном виде эти суды просуществовали примерно лет 20, после чего они вновь начали испытывать все возрастающее влияние администрации. В начале XX в. попытка создать реальную систему разделения властей провалилась, попытка «переучредить» правление и выработать конституцию также провалилась и в результате октябрьского переворота возникла достаточно жестокая деспотия. За 70 лет деспотический коммунистический режим полностью себя изжил, а страна при этом режиме правления проиграла глобальную конкуренцию. Тогда реформаторам конца XX в. удалось создать в стране всю известную к тому времени инфраструктуру верховенства права, прошедшую длительную проверку и неплохо работающую в западных демократиях. Эта структура включала в себя: конституцию, в которой закреплены основные права и свободы граждан, разделение властей, судебную систему, независимость которой гарантировала конституция и принятые законы, конституционный суд, стоящий на страже конституционных гарантий, и т.д. Какое-то время эта инфраструктура проработала, но постепенно социальная практика превратила все писанные правовые тексты в декларации, а в реальности режим правления перешел в авторитарный и попытка создания устойчивого порядка, основанного на верховенстве права, в который уже раз обернулась неудачей.

Если посмотреть на сегодняшние предложения по реформированию политической и правовой систем, то они сводятся к инфраструктурной реформе. Предлагается изменить конституцию, например, заменить президентскую республику на парламентскую, существенно изменить правовой статус президента и т.д. Предлагается также институциональная реформа судов². Все эти проекты похожи тем, что

² Таких предложений достаточно. Исследования фонда «ИНДЕМ» изложены в книге: Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А. Трансформация

в них предлагаются только изменения инфраструктуры, но ни в одном нет и речи о правосознании российских граждан. Последний по времени комплекс предложений по судебной реформе имеется в Аналитической справке по результатам экспертного опроса (Институт проблем правоприменения, Комитет гражданских инициатив, Экспертный совет при Правительстве РФ и Пепеляев-групп)³. Я выделил его, так как он очень подробный и, по существу, представляет собой консенсус ведущих российских экспертов по вопросу о реформе судебной системы, но и в нем эксперты подробно анализируют инфраструктуру, но не говорят ни слова о правосознании.

Предполагается, что намеренно и целенаправленно можно менять только инфраструктуру. Правосознание должно меняться само в ходе социальной жизни.

Однако, на мой взгляд, изменения инфраструктуры здесь вторичны. Европейская комиссия по эффективности правосудия (СЕРЕЈ) в докладе за 2012–2014 гг. признала удовлетворительной работу российских судов в том, что касается инфраструктуры судебной системы⁴, но большинство читателей этой статьи, полагаю, хорошо понимают, что у нас в стране пока нет системы справедливого разрешения споров.

А. Леденева в нескольких своих книгах очень подробно описывает, как функционирует сегодняшний режим правления России⁵, и показывает, насколько он действительно устойчив. «Система», как называет наш режим А. Леденева, хорошо приспособилась к современности и создала, по сути, сетевую организацию власти. Поэтому у меня, например, нет никаких сомнений в том, что при любых чисто инфраструктурных изменениях Система найдет способ либо приспособиться, либо (в случае ее тотального разрушения) возродиться.

русской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб., 2010; предложения другой группы юристов — в статье: *Барцевский М., Клишас А., Пашин С., Федотов М.* Суд идет. Сам // Российская газета. Федеральный выпуск № 6623 (52).

³ См.: Трансформация судебной системы: консенсус юридического сообщества и бизнеса. Аналитическая справка по результатам экспертного опроса / Подготовил К. Титаев. СПб, 2016. URL: http://www.enforce.spb.ru/images/Issledovanya/IRL_legal_forum_2016_layout_fin.pdf.

⁴ Текст данного доклада имеется на интернет-сайте СЕРЕЈ. URL: <https://rm.coe.int/-23/168078f85d>. Из доклада видно, что речь идет о внешних показателях, а о доверии людей к результатам работы судов в докладе речи нет. Поэтому здесь и использовано выражение «инфраструктура судебной системы».

⁵ См.: *Ledeneva A.V.* How Russia Really Works: The Informal Practices That Shaped Post-Soviet Politics and Business. Ithaca. NY, 2006; *Ledeneva A.V.* Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance. Cambridge, 2013.

Примером адаптации Системы к изменениям инфраструктуры может служить динамика процента оправдательных приговоров в судах присяжных.

Рис. 1. Динамика процента оправдательных приговоров в судах присяжных за десять лет с 2007 г. по 2017 г.⁶

Отчетливо видно, как за 10 лет в два раза упал процент оправдательных приговоров. Система, для которой оправдательные приговоры считаются сбоями в работе, приспособилась к инфраструктуре судов присяжных и научилась эти сбои устранять. График заканчивается 2017 г., так как в середине 2018 г. суды присяжных появились также и в районных судах, т.е. в инфраструктуру судебной системы добавился новый элемент. Система к этому не была готова, и процент оправдательных приговоров резко вырос до почти 24% в 2019 г. Можно не сомневаться, что к 2029 г. он опять упадет, если Система к этому времени не разрушится.

Инфраструктура важна, но, по моему мнению, она одна не может решить проблему создания устойчивого порядка, основанного на верховенстве права. Для создания такого порядка следует уделить основное внимание не только инфраструктуре, но и тому, как люди принимают решение — поступать в соответствии с законом или нет. У водителя, нарушившего правила дорожного движения и остановленного за это дорожной полицией, есть два варианта поведения — заплатить деньги непосредственно полицейскому или ждать, пока ему выпишут квитанцию о штрафе на ту же сумму, и оплатить ее в банке. Наш водитель почти всегда из этих двух вариантов выбирает первый, и в результате Кодекс РФ об административных правонарушениях су-

⁶ Данные взяты с интернет-сайта Судебного департамента Верховного Суда РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>. График начинается 2007 г., так как именно с этого года начала публиковаться судебная статистика.

щество сам по себе, а жизнь идет сама по себе. Инфраструктура верховенства права превращается в пустую декларацию не в результате деятельности зловредной бюрократии и коррупционеров, а в результате того, какие решения принимают обычные люди в своей повседневной жизни. Почему отечественный водитель почти всегда выбирает первый из описанных выше вариантов поведения, а, например, немецкий водитель всегда выбирает второй? Как принимают решение эти люди и почему они в совершенно тождественных ситуациях принимают прямо противоположные решения?

А. Лихт пишет: «Соблюдение закона — это социальная норма, которая функционирует как интерфейс между неформальной системой норм и формальной (правовой) системой норм. Это социальная норма верховенства права — норма, которая призывает людей, принимающих решение, как правильно поступить, предпочесть правовые нормы традициям, советам опытных людей или приказам начальства»⁷.

В правоведении принято, что правовая норма — это одна из разновидностей социальных норм. Однако здесь мне необходимо различать формальную правовую норму и социальную норму «соблюдай эту правовую норму». Поэтому формальную правовую норму я буду в дальнейшем обозначать как «правовая норма», а неформальную социальную норму «соблюдай данную правовую норму» — как «социальная норма».

Р. Кутер показал, что устойчивость режима законности в сообществе возникает тогда, когда в нем имеется достаточное число людей, у которых правило законного поведения или правило верховенства права интернализовано⁸, т.е. в понимании этих людей правило законного поведения является общеобязательным, обладает нормативностью, является для этих людей нормой. Тогда это правило может стать нормой не только для этих людей, но и социальной нормой всего этого сообщества, о которой пишет А. Лихт.

В первой части этой статьи на основе имеющихся в литературе исследований российского правосознания обсуждается вопрос о том,

⁷ Licht A.N. Social norms and the law: Why peoples obey the law // Review of Law & Economics. 2008. Vol. 4. Issue 3. P. 717. Перевод с английского автора. Для информации аутентичный текст “legal compliance is a social norm that functions as an interface between the informal norm system and the formal (legal) norm system. This is the rule-of-law social norm — a norm that calls on people seeking guidance about the right behavior to prefer legal rules over tradition, elderly people’s advice, or superiors’ command”.

⁸ См.: Cooter R.D. Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant // Univ. Pennsylvania Law Review. 1996. Vol. 144. Issue 5.

как российские граждане принимают решения — поступать по закону или нет. Результат, полученный в этой части работы, я назвал моделью российского "homo legalis" в подражание экономистам, которые, изучая экономическое поведение людей, создали модель "homo economicus".

Во второй части статьи рассматриваются возможные пути создания в сообществах социальной нормы верховенства права. Основой при этом служит поведение водителей на дорогах. Я показываю, что имеется три разных механизма выработки у водителей социальной нормы соблюдения правил дорожного движения. Из этого анализа становится очевидным, что данные механизмы универсальны и применимы для возникновения общей социальной нормы верховенства права. Также становится ясным, что на процесс появления в обществе социальных норм типа «соблюдай эту правовую норму» можно намеренно и целенаправленно влиять. Соответственно в третьей части будет показана практическая возможность трансформации российской правовой системы на основе наиболее реалистичного, на мой взгляд, из этих трех механизмов и исходя из построенной модели российского "homo legalis".

Модель российского "homo legalis"

Я начну с хорошо известной модели правового нигилизма. Она была описана еще А.И. Герценом: «Русский, к какому бы классу он ни принадлежал, нарушает закон всюду, где он может сделать это безнаказанно; и совершенно так же поступает правительство»⁹. Эту цитату настолько часто повторяют, что можно говорить о «разрекламированности» указанной модели российского правосознания.

Эта мысль была высказана в 1849 г., а через 166 лет уже в наше время крупный российский чиновник, как будто специально иллюстрируя этот тезис А.И. Герцена, говорит в интервью: «Каждый человек, который захочет нарисовать на заборе свастику, должен понимать, что ему за это влетит. ...Может быть, законно рисовать свастику и, может быть, незаконно бить за это по морде. Но я своих детей буду воспитывать в том, что они за это должны бить по морде»¹⁰.

⁹ Иногда эта цитата из А.И. Герцена приводится в иной редакции — ее использовал Б.А. Кистяковский в статье «В защиту права» из сборника «Вехи». Здесь она приведена по академическому изданию сочинений А.И. Герцена: *Герцен А.И. Эпilog* // Герцен А.И. Собр. соч. в 30 т. Т. 7. М., 1954, С. 251.

¹⁰ Это фрагмент интервью, которое зам. министра связи и массовых коммуникаций РФ А. Волин дал радиостанции «Эхо Москвы» 1 июня 2015 г. URL: <http://>

О российском правовом нигилизме имеется много литературы. В конце советского периода о нем писал В.А. Туманов¹¹. Значительное число теоретических работ появилось на эту тему и за последние годы. Защищаются диссертации, выпущены монографии. Две цитаты из таких монографий: «Правовой нигилизм имеет глубокие исторические корни, являясь характерной особенностью русского менталитета»¹² и «Мне представляется очевидным, что для общества, к которому я принадлежу, и для культуры, в рамках которой я рос и формировался, характерно негативное отношение к праву, близящееся к его полному отрицанию»¹³. Еще одна аналогичная цитата из статьи, посвященной русским культурным архетипам: «В русском культурном архетипе государственная власть... ставилась выше закона, что формировало у русских людей такую установку, как неверие в закон в качестве воплощения справедливости и средства борьбы со злом»¹⁴.

Видно, что правовой нигилизм рассматривается как объективно присущий российской культуре архетип поведения. Между тем такое отношение к правовому нигилизму создает перформативное противоречие¹⁵. С одной стороны, его описывают как явление, объективно присущее российской культуре, но, с другой стороны, регулярно разрабатываются методы его преодоления и предпринимаются соответствующие попытки. В литературе обращено внимание на это противоречие, но не более того¹⁶.

При этом целенаправленные исследования российской правовой культуры не подтверждают негативного отношения людей к праву, его

echo.msk.ru/programs/focus/1558860-echo/. В 2015 г. законодательство еще не запрещало рисовать на заборе свастику.

¹¹ См.: Туманов В.А. О правовом нигилизме // Советское государство и право. 1989. № 10. С. 21.

¹² Гуляихин В.Н. Правовой нигилизм в России: Монография. Волгоград, 2005. С. 249.

¹³ Шевцов С.П. Метаморфозы права. Право и правовая традиция. М., 2014. С. 12.

¹⁴ Лубский А.В. Какова связь между российской государственностью и русским культурным архетипом? // Культурология в вопросах и ответах. М., 1999. С. 232.

¹⁵ Перформативное противоречие — это противоречие между сложившейся ситуацией и ее описанием. «Эй, кто-нибудь дома?» — спросил Винни-Пух, когда пришел в гости к Кролику. Он услышал в ответ: «Нет, дома никого нет». Или моряк рассказывает: «Я был на корабле, потерпевшем крушение. Никто не спасся».

¹⁶ См.: Ефимов Е.Г., Вардугина С.Ю. Правовой нигилизм как социокультурное явление (методологические аспекты) // Сборник научных трудов Волжского филиала МЮИ: Матер. Недели науки, 22–29 мая 2009 г. М., 2010. С. 117.

отрицанию, категорического нежелания использовать право в повседневной жизни.

Например, исследователь духовной культуры русского крестьянства М.М. Громыко так описывает отношение к законам русских крестьян в XVIII в.: «Проникнув тем или иным способом в крестьянскую среду, закон, если крестьянство было в нем заинтересовано (по собственной трактовке или по реальному его смыслу), надолго становился принадлежностью крестьянского общественного сознания»¹⁷. Выдержки из законов или ссылки на них имеются в многочисленных крестьянских челобитных XVIII в. (пока им не запретили подавать челобитные), во многих крестьянских наказах для Уложенной комиссии 1767 г. имеются ссылки на законы государства¹⁸. Но, «если в челобитных крестьяне... обращались к законодательству с целью, опираясь на него, защитить свои интересы, то в наказах... картина иная. Преобладает здесь привлечение закона для выражения критического отношения к нему»¹⁹. В подтверждение этого можно еще привести вывод Н.И. Лесновой: «Отношение крестьян к законодательству в исследуемый период (с начала XVIII в. до отмены крепостного права. — Ю.Ф.) не может быть определено, ни как однозначно уважительное, ни как однозначно пренебрежительное: оно было особенным, отражавшим приспособление норм позитивного права в крестьянском правосознании к бытовым нуждам»²⁰.

Совершенно ту же картину рисует К. Хендли, исследуя отношение к праву современных российских граждан. Они не отрицают право — отношение к праву у них скорее утилитарное, чем нигилистическое. Когда им выгодно использовать право — они его используют, когда выгодно обойти — обходят²¹. Количество обращений современных россиян в суды с 1993 г. неуклонно растет²². Это же явление — рост обращений крестьян в суды — было отмечено и в конце XIX в., после

¹⁷ Громыко М.М. Духовная культура русского крестьянства // Очерки российской культуры XVIII века. Ч. 4 / Под ред. академика Б.А. Рыбакова. М., 1990. С. 309.

¹⁸ См.: там же. С. 308—310.

¹⁹ Там же. С. 310.

²⁰ Леснова Н.И. Правовой дуализм в России XVIII — начала XX века: Дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 106.

²¹ См.: Hendley K. Varieties of Legal Dualism: making sense of the role of law in contemporary Russia // Wisconsin International Law Journal. Vol. 29 (2012). No. 2. P. 233—262.

²² См.: Хендли К. Об использовании судебной системы в России // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права. М., 2012. С. 272.

освобождения крестьян²³. Обращение в суд по гражданскому делу ничем особенно человека не обременяет, но зато можно выиграть крупную сумму у банка, страховой компании, производителя некачественного товара или услуги. Обращение к закону в данном случае выгодно, и люди это используют.

В приведенном выше примере с водителем и полицейским мы видим тот же подход. Удобнее и быстрее отдать деньги непосредственно полицейскому, а к тому, что это незаконно и даже уголовно наказуемо, и водитель и полицейский относятся индифферентно.

Так ведут себя не только обычные граждане, но и судьи. Это показано в работе Э. Панеях. На основе многочисленных интервью с судьями она делает такой вывод: «Логика принятия судебных решений, которая выработалась в среде постсоветских судей, представляет собой искусство практических компромиссов (в своем большинстве за счет подсудимых) между интересами государственного обвинения, которые становятся для судей своего рода системой ограничений их независимости, и профессиональным долгом судить по закону и справедливости»²⁴. При этом «ценности российских судей “обмениваются” на блага (избегание санкций, сохранение позиции, даже просто сбережение трудозатрат и обеспечение комфортной психологической атмосферы на рабочем месте) по очень низкому курсу»²⁵.

Р. Кутер описывает такую модель принятия решения следующим образом: «Подход к повиновению закону человека, индифферентного к юридическим обязанностям, является чисто инструментальным — он подчиняется закону только тогда, когда это обеспечивает ему еще что-то ценное»²⁶. Р. Кутер называет такой способ принятия решения инструментальным подходом, но мне представляется более уместным для целей данной статьи называть такой подход правовым утилитаризмом, чтобы подчеркнуть отличие этого способа принятия решения

²³ См.: Бурбанк Дж. Правовая реформа и правовая культура: непризнанный успех волостных судов в имперской России // Правоведение. 2003. № 2.

²⁴ Панеях Э. Практическая логика принятия судебных решений: дискреция под давлением и компромиссы за счет подсудимого // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права. М., 2012. С. 126.

²⁵ Там же.

²⁶ Cooter R. The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev, 2006, P. 1275. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1487>. Перевод автора. Для информации аутентичный текст “A person who is indifferent to a legal obligation takes a purely instrumental approach towards obedience—he obeys only when doing so secures something else of value”.

от правового нигилизма, т.е. принципиального культурно обусловленного неприятия закона.

Эта же модель работает и при анализе приведенного выше примера, в котором высокопоставленный российский чиновник демонстрирует полное пренебрежение к закону. Это происходит не потому, что он в принципе отвергает закон, а в силу его отвращения к свастике. Моральное чувство у него перевешивает необходимость подчиняться закону на его внутренних весах принятия решений.

То же самое — индифферентное отношение к закону основной массы граждан — подтверждают и события в Украине конца 2013 — начала 2014 г., и события в Беларуси лета 2020 г. На нарушения властью закона, неисполнение властью своих обязательств реагирует относительно небольшое число людей, а протест основной массы граждан возникает лишь тогда, когда власть начинает применять ничем не оправданное, чрезмерное насилие.

Социальная норма верховенства права, о которой пишет А. Лихт, появляется в тех обществах, где у людей имеется, как писал Г. Харт, «настоятельная общая потребность им (правилам. — Ю.Ф.) следовать, подкрепленная значительным давлением со стороны общества против тех, кто их нарушает или пытается нарушить»²⁷. Эта настоятельная потребность подчиняться законам ложится тяжелой «гирей» на внутреннее веса принятия решений и перевешивает выгоды от других видов поведения. Она перевешивает всякого рода неудобства, которые может испытывать водитель при уплате штрафа через банк, перевешивает отвращение к свастике как к нацистскому символу, которое испытывают очень многие люди, перевешивает возможный конфликт с прокурорскими при вынесении судьей оправдательного приговора, перевешивает возможность людей, зависимых от власти, потерять работу и т.д. В дальнейшем будет показано, что тяжесть этой «гири» бывает разной для разных правовых норм и у разных членов общества. Для обозначения степени этой тяжести в дальнейшем будет использоваться словосочетание «степень нормативности», так как нормативностью мы называем общеобязательность.

Модель российского "homo legalis" как правового утилитариста позволяет легко объяснить неустойчивость режима верховенства права в России. Действительно, для оправдания деспотии достаточно убедить правового утилитариста в том, что здесь и сейчас деспотия ему

²⁷ Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб., 2007. С. 92.

более выгодна, чем конституционный режим правления, основанный на верховенстве права.

До тех пор, пока на внутренних весах наших граждан не появится социальная норма «соблюдать закон», нас очень легко убедить в том, что «сильная рука» важнее честных выборов, а присоединение Крыма важнее международного права. Работникам бюджетных организаций легко объяснить, что стабильное место работы важнее их личного отношения к правящей группе, учителям — членам избиркомов — легко объяснить, что стабильная, хоть и небольшая, зарплата важнее, чем подписание «липового» протокола, судьям легко объяснить, что вынести обвинительный приговор невиновному человеку лучше, чем иметь проблемы с прокуратурой.

Помимо этого, данная модель опровергает объяснение поведения российских граждан наличием социально-культурного архетипа неприятия законов. Она (модель) объясняет поведение российских граждан в ситуациях выбора законное/незаконное не социально-культурным феноменом, а отсутствием в нашем обществе социальной нормы «соблюдать закон», что совсем не одно и то же. Социально-культурные архетипы поведения создаются и изменяются веками социальной жизни. А социальная норма «соблюдать закон» может появиться в обществе довольно быстро — в течение нескольких лет, как это будет показано в следующем разделе настоящей статьи. Никаких средств целенаправленно повлиять на социально-культурные архетипы поведения членов общества нет²⁸. А средства целенаправленного создания в сообществе социальной нормы соблюдения закона имеются, и это также будет показано в следующих разделах настоящей статьи.

Таким образом, предложенная в настоящем разделе модель обладает, во-первых, объяснительной силой — она, как и модель правового нигилизма, позволяет объяснить неустойчивость у нас режима правления, основанного на верховенстве права. Во-вторых, в отличие от модели правового нигилизма, она свободна от противоречий и обладает также предсказательной силой, так как позволяет рассматривать и конструировать различные пути повышения устойчивости у нас такого режима правления. Этому и посвящены два следующих раздела настоящей статьи.

²⁸ Конечно, если не считать целенаправленную античеловеческую «чистку» общества, т.е. устранение (высылку или убийство, которые практиковались, например, большевиками) части общества и сохранение в обществе только тех его членов, которые обладают определенным социально-культурным архетипом поведения.

Основные способы возникновения социальной нормы верховенства права

В этом разделе будут рассмотрены три пути возникновения в обществе социальной нормы «соблюдать закон». В качестве модели здесь взято соблюдение водителями Правил дорожного движения, однако будет видно, что приведенные рассуждения справедливы и для других правовых норм.

Первый, довольно очевидный путь выработки такой нормы — длительная совместная жизнь научила людей, что необходимо соблюдать определенное правило для собственного удобства, собственной безопасности, собственного благополучия, т.е. научила тому, что это правило полезное для них, нужное, справедливое. Этот путь естественно назвать социально-историческим. Пример — практически все водители на нерегулируемом перекрестке останавливаются, чтобы пропустить помеху справа. Не остановишься — весьма вероятно повредишь чужую машину или сам получишь удар в бок. Соблюдать правило пропуска помехи справа — эта социальная норма выработана у нас длительным (уже более чем столетним²⁹) опытом автомобильного движения по дорогам и существования ПДД.

В разных странах правила разные. В Англии и Японии — пропусти помеху слева. В США — первым едет тот, кто первый подъехал к перекрестку. Но правило проезда нерегулируемого перекрестка есть во всем мире. И большинство его соблюдают. Длительный опыт социальной жизни говорит нам о том, что без такого правила никто никуда не приедет или приедет с большим опозданием. И, подъезжая к нерегулируемому перекрестку, мы приостанавливаемся посмотреть, нет ли помехи справа. Это работает социальная норма — соблюдай правило пропуска помехи справа³⁰.

Социально-исторический путь возникновения социальной нормы «соблюдай эту правовую норму» легко проследить также и на других правовых нормах, например на норме «пытки запрещены». Мы

²⁹ Если верить Википедии, современная история ПДД ведет начало с установки в Лондоне светофора в 1868 г. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Правила_дорожного_движения.

³⁰ Исключением является Китай, где, судя по источникам, никто никого нигде не пропускает. Однако те же источники объясняют это явление взрывным ростом числа машин на дорогах, который продолжается до сих пор. Об этом см., например: *Li Jie, Henk van Zuylen Road Traffic in China // Procedia — Social and Behavioral Sciences* 111 (2014). P. 107–116. Социальная норма просто не успела сформироваться.

знаем, что у нас они были официально разрешены еще 225 лет тому назад и люди относились к этому вполне лояльно. Впервые пытки у нас были формально запрещены Указом Александра I от 27 сентября 1801 г., а в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. пытки были объявлены уголовным преступлением. Постепенно шел процесс, который называют «смягчением нравов», и сегодня большое число людей у нас испытывают отвращение к пыткам. Запрет пыток закреплен не только в Конституции, но в значительной степени и в нашей голове.

Однако требование «соблюдай закон о запрете пыток» еще не достигло у нас такой же степени нормативности, как требование «соблюдай правило пропустить помеху справа». В 2019 г. Левада-центр провел по заказу Комитета против пыток опрос, в котором в том числе изучалось отношение людей к пыткам³¹. С утверждением о недопустимости пыток ни при каких обстоятельствах согласились 59% опрошенных³². Необходимость специальных мер против пыток поддерживают 75% опрошенных, но, несмотря на это, «все же около двух пятых опрошенных соглашается с утверждением, что такие меры “свяжут руки” правоохранителям и снизят действенность их борьбы с преступностью, косвенно признавая, таким образом, необходимость пыток, пусть и в ограниченных масштабах»³³. На вопрос «Где, по-вашему, пытки распространены больше всего?» 23% затруднились ответить, 1% опрошенных согласны с тем, что в России не применяются пытки, а с тем, что в России пытаются везде, не согласен никто³⁴. Остальные 76% считают, что пытаются в так называемых правоохранительных органах.

Все это вместе говорит о том, что социальные нормы в отличие от правовых могут обладать различной степенью нормативности. При этом нормативность у правовой нормы декларативная, формальная, а у социальной нормы «соблюдай правовую норму» она фактическая, что более ценно. Степень нормативности у социальной нормы «соблюдай закон о запрете пыток» довольно высока, но она бесспорно меньше, чем у социальной нормы «соблюдай правило пропустить помеху справа». Правило пропуска помехи справа соблюдается пре-

³¹ Аналитический отчет по результатам исследования «Пытки в России: распространенность явления и отношение общества к проблеме». М., 2019. URL: <https://www.levada.ru/cp/wp-content/uploads/2019/06/Analiticheskij-otchet-KPP.pdf>.

³² См.: там же. С. 60.

³³ Там же. С. 62.

³⁴ См.: там же. С. 59.

жде всего водителями, т.е. всеми теми, к кому оно обращено. А вот те, к кому обращен закон о запрете пыток, т.е. следователи, служащие системы ФСИН и т.д., его нарушают. «Гиря» на их внутренних весах, требующая соблюдать закон о запрете пыток, у них отсутствует. Эта группа воздействует на общество правовых утилитаристов, объясняя им через своих спикеров, что полный запрет пыток может понизить действенность борьбы с преступностью. Эта риторика действует на правовых утилитаристов, и в результате все общество, как мы видим из опросов, допускает в некоторых случаях применение пыток.

Итак, формальная правовая норма о запрете пыток появилась у нас более чем 200 лет назад. И все это время у нас идет социально-исторический процесс выработки социальной нормы «соблюдай закон о запрете пыток», но мы хорошо понимаем причину, по которой степени нормативности этой нормы еще далеко до степени нормативности социальной нормы «соблюдай правило пропуска помехи справа». Дело в том, что так называемым правоохранителям выгодны пытки. Они добывают с их помощью доказательства и на основе этих доказательств выигрывают дела, получая премии, повышения в звании и т.д. Наличие в обществе правовых утилитаристов группы лиц, которым невыгодно соблюдать закон, способно затормозить социально-исторический процесс появления социальной нормы о соблюдении этого закона и процесс повышения ее нормативности, но, как показывает опыт, не способно его остановить.

Из этих примеров видно, что социально-исторический процесс возникновения социальной нормы «соблюдай правовую норму» длителен, не для всех правовых норм и социальных групп идет с одинаковой скоростью, но идет независимо от чьего-либо желания и чьих-либо целенаправленных действий. Он идет просто потому, что общество считает какую-то правовую норму справедливой, разумной, удобной для людей.

Несмотря на это, определенное целенаправленное воздействие на этот процесс возможно. Точнее, возможно воздействие на группы, для которых невыгодно появление данной социальной нормы. В интервью «Эху Москвы» 5 августа 2020 г. адвокат К. Москаленко сказала: «Я вам приведу пример некоторых стран, в том числе из ближайших наших соседей — Украину, которые, знаете, сделали пытку невыгодной. Вы извините, что оно так звучит, но это так. Если человек в судебном заседании, согласно их УПК — это не только Украина, это те страны, которые по-настоящему борются с пытками, — отказался от своих показаний — всё, они не принимаются во внимание. И тогда, опять же

извините меня за такую формулировку, попытать невыгодно. Нет смысла пытаться»³⁵. Очень точное понимание того, как воздействовать на правосознание правового утилитариста. Обратим также внимание на то, что известный адвокат как бы стесняется признать наших граждан правовыми утилитаристами. Между тем это социальная реальность, и, по-моему, нет никаких причин ее стесняться.

Второй способ возникновения социальной нормы можно продемонстрировать на правовой норме «пешеход на зебре имеет преимущество», или, что то же самое, «водитель должен пропустить пешехода на зебре». Эта правовая норма существует везде в мире, существовала она и в СССР и существует в современной России. Сегодня это правило большинство наших водителей стараются выполнять. Такова у нас сегодняшняя социальная норма — «выполнять правило: пешеход на зебре имеет преимущество». А в СССР, несмотря на наличие правовой нормы, социальная норма была совершенно иной — пешеход подождет, хоть он и на зебре. Это была настоящая социальная норма с высокой степенью нормативности. Я почти 20 лет ездил на машине по Советскому Союзу и знаю это очень хорошо. Правовая норма имелась, но в отсутствие соответствующей социальной нормы она бездействовала.

Все поменялось примерно за четыре-пять лет. Я провел среди своих знакомых мини-опрос: почему произошло такое быстрое изменение? Получил в ответ консенсус: начали ездить за границу. Но почему поездки за границу так быстро выработали у людей социальную норму? Однозначного ответа на этот уточняющий вопрос никто не дал. Общее мнение: захотели быть цивилизованными людьми. Но это, конечно, не может объяснить такое быстрое появление социальной нормы. По данным Левада-центра, ездят за границу немногие и в основном москвичи³⁶, а пешеходов на зебре водители начали пропускать практически везде.

Между тем я проследил на себе этот процесс появления на моих внутренних весах «гири», заставляющей выполнять правило «пешеход на зебре имеет преимущество». За границу я первый раз поехал в 1989 г., а в 1995 г. уже взял напрокат машину. С тех пор я езжу за границу практически каждый год, иногда и по два раза в год и всегда на машине — своей или арендованной. Эта «гирия», заставляющая вы-

³⁵ Текст интервью доступен на интернет-сайте «Эха Москвы». URL: <https://echo.msk.ru/programs/beseda/2687229-echo/>.

³⁶ См.: Поездки за рубеж. Результаты опроса 13.06.2018 // Интернет-сайт Левада-центра. URL: <https://www.levada.ru/2018/06/13/poezdki-za-granitsu-3>.

полнять правило «пешеход на зебре имеет преимущество», у меня появилась почти мгновенно следующим образом.

Попадает водитель в сообщество «пропускателей пешеходов на зебре», подъезжает он к «зебре» и на нее собирается вступить пешеход. Машины останавливаются и пропускают пешехода. Если подъехавший водитель все же не остановится, он с большой долей вероятности причинит здоровью или жизни пешехода значительный вред, и именно эта возможность заставляет останавливаться водителя, даже и не привыкшего пропускать пешеходов. Сообщество пешеходов и других водителей своим поведением очень сильно давит на всех своих членов — заставляет их испытать страх покалечить или убить человека, и на чашу их внутренних весов ложится «гиря» этого давления. В окружающем водителя сообществе работает социальная норма «соблюдай правило пропускать пешехода на зебре», и эта социальная норма, имеющаяся у других и определяющая их поведение, систематически создает соответствующую «гирию» на внутренних весах водителя.

Далее эта «гирия» превращается в социальную норму в сообществе «непропускателей пешеходов» следующим образом. Выясняется, что у водителя, покинувшего сообщество «пропускателей пешеходов на зебре», эта «гирия» какое-то время остается на его внутренних весах. Если он так и останется один с этой своей «гирей», то она довольно быстро исчезнет. Однако если таких людей, как этот водитель, окажется достаточно для того, чтобы создавать соответствующее давление, эта «гирия» никуда не исчезнет и очень быстро распространится по всему сообществу и превратится в социальную норму, что мы и видим в наших сегодняшних реалиях. Затем она будет подкрепляться и подкрепляться давлением сообщества, и степень ее нормативности будет усиливаться.

Этот процесс на теоретико-игровой модели описал Р. Кутер в отношении норм, возникающих в бизнес-сообществах³⁷. И они в этих сообществах действительно возникают именно таким образом. Достаточно познакомиться с процессом возникновения *Lex mercatoria* в Средние века³⁸. Появление социальной нормы «выполняй правило: пешеход на зебре имеет преимущество» является реализацией модели Р. Кутер в современном российском обществе.

³⁷ См.: Cooter R.D. Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant.

³⁸ См., например: Mazzacano P. The Lex Mercatoria as Autonomous Law // Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 29/2008. URL: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190>.

На это могут возразить следующее: быстрое появление данной социальной нормы обусловлено прежде всего тем, что все водители понимают законность и правильность правила «пропусти пешехода на зебре», а поездки за границу лишь дали толчок к превращению этого всеобщего понимания в социальную норму. Опровергается этот аргумент несложно: все понимают, что запрет пыток является законным и правильным. Это понимают и те, кто их фактически применяет. Однако социальной норме, требующей выполнять правило запрета пыток, по степени нормативности далеко до пропуска пешеходов на зебре. Причиной является наличие в обществе весьма консолидированной группы лиц, которым появление этой социальной нормы невыгодно, и ее появление в обществе тормозится.

Заметим, что появление социальной нормы «выполняй правило: пешеход на зебре имеет преимущество» практически не встретило противодействия, и поэтому «гиря» на внутренних весах некоторого числа людей, появившаяся в результате поездок за границу, практически моментально превратилась в социальную норму. Не было и нет группы лиц, которой невыгодно ее появление. В этом смысле данный пример является чистым воплощением модели Р. Кутер, что встречается нечасто.

Рассмотренный путь возникновения социальной нормы естественно назвать давлением сообщества, и процесс продвижения по нему, как мы видим, может быть весьма коротким.

Наконец, третий путь появления социальной нормы «выполняй данную правовую норму» — систематическое и неизбежное наказание. Запрет проезда по полосе, выделенной для общественного транспорта, большинство водителей раздражает. Ни о каком социально-историческом пути появления социальной нормы «выполняй запрет проезда по выделенной полосе» не может быть и речи. Никакого давления сообщества также здесь не происходит. Однако часто можно видеть, как даже в выходные дни, когда проезд по многим выделенным полосам разрешен, эти полосы пусты, несмотря на поток машин по другим полосам. Социальная норма «выполняй запрет движения по выделенной полосе» выработалась у водителей довольно быстро, так как везде повесили камеры слежения и для нарушителей практически гарантирован довольно крупный штраф.

Таким образом, были рассмотрены три разных пути возникновения в сообществе социальной нормы «выполняй эту правовую норму»: социально-исторический, давление сообщества, а также систематическое и неизбежное наказание за невыполнение правовой нормы. Все эти пути различны и далее будут рассмотрены их особенности с точки

зрения появления в нашем сообществе социальной нормы верховенства права и предложена основа для создания у нас устойчивого режима правления, основанного на верховенстве права.

Практическая возможность создания в России устойчивого режима правления, основанного на верховенстве права

На исторических примерах, приведенных выше во введении, видно, что социально-исторический путь создания в России режима верховенства права может продолжаться еще очень долго. В стране были и до сих сохраняются значительные социальные группы, для которых режим верховенства права невыгоден, и очень многие группы приспособились и научились жить и решать свои конфликты без права. В долгосрочной перспективе это, как мы знаем, ведет к проигрышу глобальной конкуренции, но для сообщества правовых утилитаристов это не является аргументом.

На приведенном выше примере запрета пыток было видно, что можно путем целенаправленных инфраструктурных изменений³⁹ устранить помехи на социально-историческом пути создания в обществе соответствующей социальной нормы, т.е. устранить тормозящее влияние на этот процесс оппортунистических социальных групп, но пока неизвестно средств его ускорения. Опыт других стран показывает, что этот процесс идет и будет идти, но достаточно медленно.

Путь неизбежного серьезного наказания для создания социальной нормы верховенства права практически невозможен. Действительно, такое наказание может осуществлять только государство, но режим верховенства права обращен в большой степени именно к государству и его структурам, но сложно себе представить, как государство и его структуры будут наказывать самих себя.

Таким образом, когда в нашем обществе появится очередное «окно возможностей», т.е. власть на какое-то время перейдет к группе лиц, желающих создать в обществе достаточно устойчивый режим правления, основанный на верховенстве права, нужно использовать путь, который выше назван «давлением сообщества». А для этого, как было показано, необходимо наличие в обществе значительной группы лиц, на внутренних весах которых уже имеется «гиря», требующая соблюдать правовые нормы. Причем это должна быть «гиря», требующая соблюдать не какие-то конкретные нормы — некоторые конкрет-

³⁹ Таких, например, как изменение законодательства.

ные нормы соблюдаются всеми, — а нормы права вообще именно потому, что они являются правовыми нормами.

Надо сказать, что во всех европейских обществах имеется такая социальная группа — это юристы. Юристы — это люди, для которых жизнь общества по закону является очень выгодным предприятием. Французский социолог Пьер Бурдьё, описывая юридические сообщества, пишет: «Именно профессионалы⁴⁰ создают нужду в своих собственных услугах, преобразуя проблемы, выраженные на обычном языке, в юридические проблемы... Нет сомнений, что при конструировании конфликтов ими движут финансовые интересы, но также их этические или политические диспозиции...»⁴¹. Юристам именно в силу их профессии выгодно, чтобы общество жило по закону, поскольку тогда и только тогда их услуги являются востребованными. Можно сказать, что жизнь общества по закону является основой существования этой социальной группы, и поэтому именно они вырабатывали механизмы давления, с помощью которых создается и поддерживается в обществе социальная норма «жить по закону» и тем самым поддерживается высокий спрос на их услуги. Бурдьё описывает несколько таких механизмов. Он также показывает, как «выдавливаются» неформальные практики, позволяющие людям решать свои проблемы вне легального поля.

Сказанное выше и особенно работа Бурдьё может создать впечатление, что значительная социальная группа алчных юристов создает в обществе режим верховенства права исключительно для своей выгоды. Однако это не так. Режим верховенства права возник в европейских сообществах социально-историческим путем. Он выработался из-за того, что был полезен, нужен людям там и тогда, где и когда он создавался. Этот процесс описал Г. Берман в своей книге⁴². Как мы видим, действительно, общества, где сформировался этот режим, выигрывают глобальную конкуренцию. В этих обществах люди чувствуют себя защищенными от произвола и работают на благо себе, а зна-

⁴⁰ Имеется в виду профессиональная группа юристов, к которым Бурдьё относит: судей, адвокатов, прокуроров, следователей, различных юридических консультантов, консультирующих бизнес, граждан, НКО, органы государственной власти, а также преподавателей юридических факультетов университетов, т.е. всех тех, кто профессионально обеспечивает тем или иным способом работу правовой системы.

⁴¹ Бурдьё П. Власть права: Основы социологии юридического поля // Бурдьё П. Социальное пространство: поля и практики. М., 2005. С. 98.

⁴² См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования 2-е изд. М., 1998.

чит, на благо всего общества. Вместе с режимом верховенства права и для его обеспечения возникло сословие юристов⁴³, которое и создает в обществе давление, поддерживающее этот режим действительно для своей выгоды. Это можно проследить на двух примерах: первый — из жизни Англии XVII в., второй — из жизни современных США.

К началу XVII в. общему праву в Англии насчитывалось уже примерно 450 лет и возникло сословие юристов, обеспечивающих его функционирование. В силу вполне объективных недостатков общего права Королевской канцелярией во главе с Лордом-канцлером развивалась параллельная система правосудия, получившая в дальнейшем название «право справедливости». Режим *rule of law* при этом, естественно, нарушался, и в 1615 г. эти две системы вступили в открытый конфликт. Лорд-канцлер издавал так называемые *injunctions*, парализующие работу судов общего права, а Суд Королевской Скамьи (высший суд общего права), руководствуясь законом XIV в., объявил, что человек, получивший такой *injunction*, виновен в преступлении, так как ставит под сомнение решения королевских судов в других судах⁴⁴. В этом конфликте король поддержал Лорда-канцлера — в окружении Короны вообще считали, что общее право следует ликвидировать⁴⁵. Но судьи общего права обратились в парламент, где было много юристов общего права, и в результате, как мы знаем, общее право было спасено, и сегодня право справедливости является частью общего права, а режим правления в Англии основан на *rule of law*, т.е. на верховенстве права. На этом примере видно, что система разделения властей является защитным механизмом, который используют юристы для поддержания в обществе режима верховенства права.

В современных США группа президента Д. Трампа часто действует во имя целесообразности, однако соответствующие указы президента отменяются судами, и, несмотря на то, что в современном Верховном суде США большинство составляют республиканцы, поддерживающие Трампа, Верховный суд принял несколько решений против президента⁴⁶. Тем самым судьи Верховного суда продемонстрирова-

⁴³ См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. С. 94.

⁴⁴ См.: Maitland F.W. Equity also the Forms of Action at Common Law. Cambridge, 1910. P. 9–10.

⁴⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 220.

⁴⁶ Например, решение по делу «Трамп против прокурора Нью-Йорка». См. на интернет-сайте Верховного суда США. https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-635_o7jq.pdf.

ли, что «гирия» верховенства права на их внутренних весах значит для них больше, чем даже их политические пристрастия.

Есть, конечно, и другие примеры, однако эти — самые яркие и известные. Они показывают, что социальная группа юристов в состоянии создать в обществе давление, обеспечивающее возникновение и поддержание режима правления, основанного на верховенстве права. Также эти примеры показывают, что важнейшим механизмом защиты режима верховенства права является разделение властей. В отсутствие разделения властей деятельность юристов по поддержанию социальной нормы верховенства права легко может быть заторможена. Однако одно только разделение властей не способно обеспечить создание и поддержание режима верховенства права, так как без социальной группы, для которой режим верховенства права выгоден, некому создавать в обществе необходимое давление.

В нашем обществе также сформировалась достаточно большая социальная группа профессиональных юристов. Однако у нас режим верховенства права не сформирован, и поэтому эта группа структурирована несколько иначе, чем в европейских сообществах. Если европейские юристы консолидированы в том, чтобы люди, члены общества были заинтересованы в их услугах, то российских юристов можно условно разделить на две подгруппы. Первая — это те юристы, которые обслуживают и в какой-то мере действительно создают рынок юридических услуг. К ним относятся: независимые юридические консультанты, адвокаты, юристы бизнеса и НКО, в определенной степени преподаватели юридических вузов. Этими людьми движут «финансовые интересы, но также их этические или политические диспозиции». Они заинтересованы в продвижении в обществе социальной нормы верховенства права. Вторая группа — это те юристы, которые обслуживают Систему (по выражению А. Леденевой, см. выше). К ним относятся: судьи, прокуроры, следователи, сотрудники МВД, консультанты правящей бюрократии. Благополучие этих юристов не зависит от того, живет общество по закону или нет. Их благополучие зависит от их лояльности Системе. Э. Панеях в рецензии на книгу А. Леденевой делает такой вывод: «Система, таким образом, является институтом, главный эффект которого — противостояние модернизации и политическим переменам»⁴⁷. Соответственно выгоды юристов, об-

⁴⁷ Paneyakh E. 2014. Alena V. Ledeneva. Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 // *Laboratorium: Журнал Социальных Исследований*. 2014. № 2. С. 126–128.

служивающих Систему, состоят именно в этом. И эта очень влиятельная подгруппа юристов создает препятствия для продвижения социальной нормы верховенства права точно так же, как следователи создают препятствия для продвижения социальной нормы «выполняй правовую норму, запрещающую пытки».

Из всего сказанного вытекает важное следствие: реформа судебной системы, появление в стране реального разделения властей, о чем так много говорят и пишут, сами по себе мало что в нашей стране дадут, если отбор юристов не будет кардинально изменен. Причем необходим отбор во всем юридическом сообществе в целом, и решающий голос в этом отборе должны иметь те юристы, на внутренних весах которых лежит тяжелая «гиря» верховенства права. Это прежде всего юристы независимых юридических компаний — от того, насколько стабилен в стране режим верховенства права, зависит их благополучие, наличие стабильного заработка. Это значительная часть адвокатов, не связанных со следствием, — их заработок также зависит от стабильности режима верховенства права. Кроме того, это юристы НКО — от стабильности режима верховенства права зависит сама их деятельность. Также это значительная часть университетской профессуры — в отсутствие верховенства права все их преподавание в большей степени сводится к схоластике. Этот отбор и будет являться тем механизмом давления, с помощью которого часть юридического сообщества, обладающая «гирей» верховенства права, распространит ее на все юридическое сообщество, а оно, в свою очередь, обеспечит возникновение во всем обществе социальной нормы верховенства права.

Следует при этом отдавать себе отчет, что механизм такого отбора является достаточно искусственным институтом и поэтому временным. Надо надеяться, что работа этого механизма достаточно быстро приведет к возникновению сначала в юридическом сообществе, а затем и во всем российском обществе социальной нормы верховенства права. При этом сначала этому механизму отбора необходима защита, но потом этот отбор в юридическом сообществе станет естественным, как естественным является ординатура у врачей. Отбор юристов и соответствующая инфраструктура будут поддерживать верховенство права и препятствовать превращению разделения властей из реального в декларативный институт. Со своей стороны реальное разделение властей позволит защитить отбор в сообществе юристов и режим верховенства права. В этом смысле отбор юристов, разделение властей и режим верховенства права, поддерживаемый юристами, теснейшим образом взаимосвязаны.

Это очень хорошо видно на судебной реформе 1864 г. Сподвижники Александра II отчетливо понимали необходимость отбора, о котором шла речь выше, и реформа состояла не только в принятии новых Судебных уставов, появлении в судах присяжных и адвокатов, но и в том, что в суды пришли новые люди. Однако разделение властей отсутствовало, и смерть Александра II лишила защиты созданные им новые суды. Через 50 лет после судебной реформы 1864 г. вышел сборник «Судебная реформа», авторы которого хорошо понимали, что реформа зависела в значительной степени от людей, пришедших в суды. Они видели, как контрреформа выхолащивает многие идеи, заложенные в Судебных уставах 1864 г., но сохранили свое восхищение теми, кто стоял у истоков судебной реформы, и они не теряли надежды: «На место прежних крючкотворов-кривосудов, взяточников, без стыда и совести позорящих саму идею юстиции, опозоренных народной молвой и общественным мнением, пришли люди, смотревшие на свое судейское звание как на высокое и почетное призвание, понимавшие, что на их первые шаги смотрит вся Россия... Люди эти были на высоте обращенных к ним ожиданий. Они создали высокие традиции, теперь увы меркнущие и забываемые. К этим традициям вернется русская магистратура, когда рассеется сгустившийся над ней мрак и пройдет переживаемое нами безвременье»⁴⁸.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Аналитический отчет по результатам исследования «Пытки в России: распространенность явления и отношение общества к проблеме». М.: Левада-центр, 2019.

Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1998.

Бурбанк Дж. Правовая реформа и правовая культура: непризнанный успех волюнтаристских судов в имперской России // Известия вузов. Правоведение. 2003. № 2. С. 188–196.

Бурдые П. Власть права: Основы социологии юридического поля // Бурдые П. Социальное пространство: поля и практики. М.: Ин-т экспериментальной социологии; СПб.: Алетейя, 2005.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996.

Герцен А.И. Эпилог // Герцен А.И. Собр. соч. в 30 т. Т. 7. М.: Изд-во АН СССР, 1954.

⁴⁸ *Набоков В.Д.* Работы по составлению Судебных уставов. Общая характеристика. // Судебная реформа / Под ред. Н.В. Давыдова и Н.Н. Полянского: В 3 т., Т. 1. М., 1915. С. 351.

Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб.: Норма, 2010.

Громыко М.М. Духовная культура русского крестьянства // Очерки российской культуры XVIII века. Ч. 4 / Под ред. академика Б.А. Рыбакова. М.: Изд-во МГУ, 1990.

Гуляихин В.Н. Правовой нигилизм в России: Монография. Волгоград: Перемена, 2005.

Ефимов Е.Г., Вардугина С.Ю. Правовой нигилизм как социокультурное явление (методологические аспекты) // Сборник научных трудов Волжского филиала МЮИ: Матер. Недели науки, 22–29 мая 2009 г. М.: Международный юридический институт, 2010.

Леснова Н.И. Правовой дуализм в России XVIII — начала XX века: Дисс. ... канд. юрид. наук. Нижегородский гос. ун-т им. Н.И. Лобачевского. Н. Новгород, 2007.

Лубский А.В. Какова связь между российской государственностью и русским культурным архетипом? // Культурология в вопросах и ответах. М.: Гардарики, 1999.

Набоков В.Д. Работы по составлению Судебных уставов. Общая характеристика // Судебная реформа / Под ред. Н.В. Давыдова и Н.Н. Полянского: В 3 т. Т. 1. М.: Книгоиздательство «Объединение», 1915.

Панеях Э. Практическая логика принятия судебных решений: дискреция под давлением и компромиссы за счет подсудимого // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права. М.: Статут, 2012.

Судебные системы Европы. Эффективность и качество системы правосудия. Исследование ЕКЭП № 23. Электронный ресурс URL: <https://rm.coe.int/-23/168078f85d>.

Туманов В.А. О правовом нигилизме // Советское государство и право. 1989. № 10. С. 20–27.

Трансформация судебной системы: консенсус юридического сообщества и бизнеса. Аналитическая справка по результатам экспертного опроса / Подготовил К. Титаев. СПб., 2016. Электронный ресурс URL: http://www.enforce.spb.ru/images/Issledovanya/IRL_legal_forum_2016_layout_fin.pdf.

Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007.

Хендли К. Об использовании судебной системы в России // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права. М.: Статут, 2012.

Шевцов С.П. Метаморфозы права. Право и правовая традиция. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2014.

Cooter R.D. Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant // Univ. Pennsylvania Law Review. 1996. Vol. 144. Issue 5. P. 1643–1696.

Cooter R. The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev. 2006. P. 1275–1285. Электронный ресурс URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1487>.

Hendley K. Varieties of Legal Dualism: making sense of the role of law in contemporary Russia // *Wisconsin International Law Journal*. Vol. 29 (2012). No. 2. P. 233–262.

Ledeneva A.V. How Russia Really Works: The Informal Practices That Shaped Post-Soviet Politics and Business. Ithaca. NY: Cornell University Press, 2006.

Ledeneva A.V. Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Li Jie, Henk van Zuylen Road Traffic in China // *Procedia — Social and Behavioral Sciences* 111 (2014). P. 107–116.

Licht A.N. Social norms and the law: Why peoples obey the law // *Review of Law & Economics*. 2008. Vol. 4. Issue 3. P. 715–750.

Maitland F.W. Equity also the Forms of Action at Common Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1910.

Paneyakh, E. Alena V. Ledeneva. Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 // *Laboratorium: Журнал Социальных Исследований*. 2014. № 2. С. 126–128.

REFERENCES

Analitichesky otchet po rezultatam issledovaniya “Pytki v Rossii: rasprostranennost javleniya i otnoshenie obshchestva k probleme” (2019) [Analytical report on the results of the study “Torture in Russia: the prevalence of the phenomenon and the attitude of society to the problem”] Moscow, Levada center. Electronic resource URL <https://www.levada.ru/cp/wp-content/uploads/2019/06/Analiticheskij-otchet-KPP.pdf>, (in Russ)

Berman G. (1998) *Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya* [Western Legal Tradition: The Era of Formation], 2-nd ed. Moscow: Moscow University publishing (in Russ).

Burbank J. (2003) *Pravovaya reforma i pravovaya kultura: nepriznannij uspekh volostnykh sudov v imperskoj Rossii* [Legal Reform and Legal Culture: unrecognized success of the Township Courts in Imperial Russia] in: *Proceedings of Higher Educational Institutions*. Pravovedenie, № 2, p.p.188–196 (in Russ).

Bourdieu P. (2005) *Vlast prava. Osnovi sociologii iuridicheskogo polia* [Power of law: Fundamentals of the sociology of the legal field] in: Bourdieu P. *Social space: fields and practices*. Moscow: Institute of experimental sociology; St. Petersburg: Aleteya (in Russ).

David R., Joffre-Spinozi K. (1996) *Osnovnye pravovye sistemi sovremennosti* [Main legal systems of modernity], Moscow: International relations (in Russ)

Hertzen A.I. (1954) *Epilog* [Epilogue] in Hertzen A.I. *Collection of papers in 30 v.*, Vol. 7, Moscow, Academy of Sciences of the USSR Publishing (in Russ).

Gorbuz A. K., Krasnov M. A., Mishina E. A., Satarov G. A. (2010) *Transformatsiya rossiyskoj sudebnoy vlasti. Opyt kompleksnogo analiza* [Transformation of the Russian judicial power. Experience of complex analysis]. Saint Petersburg: Norma (in Russ)

Gromyko M.M. (1990) *Dukhovnaya kul'tura russkogo krest'yanstva* [Spiritual culture of the Russian peasantry] in: *Essays on Russian culture of the 18th century*. Part 4 / Ed. B.A. Rybakov. Moscow: Moscow State University Publishing (in Russ)

Gulyaikhin V.N. (2005) *Pravovoy nигilizm v Rossii*: Monografiya [Legal nihilism in Russia: Monograph]. Volgograd: Peremena (in Russ)

Efimov E.G., Vardugina S. Yu. (2010) *Pravovoy nigilizm kak sotsiokul'turnoye yavleniye (metodologicheskiye aspekty)* [Legal nihilism as a socio-cultural phenomenon (methodological aspects)] in: Collection of proceedings of the Volga branch of MYUI: Mater. Weeks of Science, May 22–29 2009, Moscow: International Law Institute (in Russ)

Lesnova N.I. (2007) *Legal dualism in Russia in the 18th — early 20th centuries*: Diss. ... Cand. jurid. sciences. [Pravovoy dualizm v Rossii XVIII — nachala XX veka: Diss. ...kand. yurid. Nauk], Nizhny Novgorod state University, N. Novgorod (in Russ)

Lubsky A.V. (1999) *Kakova svyaz' mezhdru rossiyaskoy gosudarstvennost'yu i russkim kul'turnym arkhetypom?* [What is the connection between the Russian statehood and the Russian cultural archetype?] in: Culturology in questions and answers. Moscow, Gardariki.

Nabokov V.D. (2015) *Raboty po sostavleniyu Sudebnykh ustavov. Obshchaya kharakteristika* [Works on drawing up the Judicial Charters. General characteristics] in: Judicial reform / Ed. N.V. Davydov and N.N. Polyansky in 3 volumes, Vol. 1. Moscow, «Ob'yedineniye» Publishing (in Russ)

Paneyakh E. (2012) *Prakticheskaya logika prinyatiya sudebnykh resheniy: diskreetsiya pod davleniyem i kompromissy za schet podsudimogo* [Practical logic of making judicial decisions: discretion under pressure and compromises at the expense of the defendant] in: How judges make decisions: empirical studies of law. Moscow, Statut (in Russ)

Sudebnyye sistemy Yevropy. Effektivnost' i kachestvo sistemy pravosudiya. (2016) [Judicial systems of Europe. The efficiency and quality of the justice system]. CEPE study No. 23, Electronic resource URL: <https://rm.coe.int/-23/168078f85d>. (in Russ)

Tumanov V.A. (1989) O pravovom nigilizme [On legal nihilism] // Soviet state and law. No. 10. P. 20–27 (in Russ)

Transformatsiya sudebnoy sistemy: konsensus yuridicheskogo soobshchestva i biznesa. Analiticheskaya spravka po rezul'tatam ekspertnogo oprosa (2016) [Transformation of the judicial system: consensus of the legal community and business. Analytical information based on the results of the expert survey] / Prepared by K. Titaev. SPb. Electronic resource URL: http://www.enforce.spb.ru/images/Issledovanya/IRL_legal_forum_2016_layout_fin.pdf (in Russ)

Hart, H.L.A. (2007). *Ponyatie prava* [The Concept of Law]. Saint-Petersburg, Saint-Petersburg University Publishing (in Russ.)

Hendley K. (2012) *Ob ispol'zovanii sudebnoy sistemy v Rossii* [On the use of the judicial system in Russia] in: How judges make decisions: empirical studies of law. Moscow: Statut (in Russ)

Shevtsov S.P. (2014) *Metamorfozy prava. Pravo i pravovaya traditsiya* [Metamorphoses of law. Law and legal tradition]. Moscow: Higher School of Economics Publishing (in Russ)/

Cooter R.D. (1996) Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant // Univ. Pennsylvania Law Review. 1996. Vol. 144, Issue 5, pp.1643–1696.

Cooter R. (2006) The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint, 75 Fordham L. Rev, 2006, p.p.1275–1285. Электронный ресурс URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1487>.

Hendley K. (2012) Varieties of Legal Dualism: making sense of the role of law in contemporary Russia // *Wisconsin International Law Journal*. Vol. 29. No. 2. P. 233–262.

Ledeneva A.V. (2006) *How Russia Really Works: The Informal Practices That Shaped Post-Soviet Politics and Business*, Ithaca, NY: Cornell University Press.

Ledeneva A.V. (2013) *Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Li Jie, Henk van Zuylen (2014) Road Traffic in China // *Proceedings — Social and Behavioral Sciences* 111. P. 107–116.

Licht A.N. (2008) Social norms and the law: Why peoples obey the law // *Review of Law & Economics*. Vol.4, Issue 3. P. 715–750.

Maitland F.W. (1910) *Equity also the Forms of Action at Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Paneyakh, E. Alena V. Ledeneva. (2014) Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance. Cambridge: Cambridge University Press // Laboratorium: Journal of Social Research, № 2. P. 126–128 (in Russ)

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Фогельсон Юрий Борисович — профессор-исследователь департамента правового регулирования бизнеса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук.

AUTHOR'S INFO:

Yury B. Fogelson — Research Professor, Faculty of Law, Department of Legal Regulation of Business, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Legal Sciences.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:

Фогельсон Ю.Б. Модель российского “homo legalis” и устойчивость порядка, основанного на верховенстве права // *Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2020. Т. 15. № 4. С. 81–108. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-4-fogelson

FOR CITATION:

Fogelson, Y.B. (2020) Model of Russian «homo legalis» and stability of the order based on the rule of law. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*, 15 (4), pp. 81–108. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-4-fogelson