

«ТАЙНА БЕЗЗАКОНИЯ», ИЛИ РЕВОЛЮЦИОННАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ. ЧАСТЬ 3¹

Аннотация. Статья посвящена одной из важнейших проблем правовой теории — проблеме «справедливого права». Все великие революции ставили своей целью достижение социальной справедливости, которая ассоциировалась прежде всего с равенством всех перед законом. В значительной мере это объясняет удивительные совпадения тех алгоритмов, по которым развивались эти революции, проходя одни и те же этапы становления. В процессе революции идея равенства нередко подменяла собой идею свободы. Столкновение старого уходящего правового порядка с новыми революционными нормами создавало специфическую ситуацию, чрезвычайное положение или аномию, в которой приостанавливалось действие всякого закона, однако сама государственность, несмотря на изменение ее формы, продолжала существовать. Необходимость создания нового права требовала оформления нового правового порядка, итогом правового строительства становилось принятие конституирующих, нормативных актов, которые закрепляли установившийся порядок. Основное внимание автор статьи уделяет историческому опыту Английской и Французской революций, соотнося его с опытом других революций.

Ключевые слова: право, закон, законность, легитимность, легальность, суверенитет, норма, конституция, обычай, власть, диктатура, демократия, парламент, революция, мятеж, восстание, сила, освобождение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.007-023

8. «ПУБЛИЧНОСТЬ» КАК СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Стремление к реальному действию всегда обладает большей действенностью, чем любое право, поскольку оно лежит в основе более грандиозных жизненных начинаний: государство возникает как плод работы воображения, и «у истоков любой формы государственности мы всегда различаем черты лица великого предпринимателя»².

Насильственным актом захвата власти революционеры прерывают существующую легитимность действующей власти. Незаконное насилие внеправовым образом ставит себя на место свергаемой власти, временно создавая вакуум легитимности, и с этого момента возникает вероятность формирования под действием внешних и внутренних фактов некоей новой формы признания: узурпация всегда становится первым этапом создания новой государственности и новой легальности.

¹ Окончание. Начало см.: Lex Russica. 2018. № 5. С. 33—50; № 6. С. 7—25.

² Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс // Дегуманизация искусства. М., 1991. С. 186—188.

© Исаев И. А., 2018

* Исаев Игорь Андреевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) katedra-igp@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Со времен Геродота идеальная политическая форма, в которой вообще отсутствует какое-либо господство, обозначалось словом «исономия». Эта система могла обеспечивать равенство, но не потому, что люди рождены равными, а потому, что люди именно неравны и, следовательно, нуждаются в искусственных институтах, в полисе, который посредством своего номоса сделал бы их равными друг перед другом: равными становились по праву гражданства, но не по праву рождения³.

Революция будет стремиться к тому, чтобы сделать свободу от неравенства и несправедливых ограничений своим главным завоеванием. Кондорсе говорил, что настоящей целью революции выступает свобода и именно ее рождение знаменует собой начало новой эры. Свобода предполагала учреждение и заново созданной формы правления; освобождение же, уравнивающее людей в юридических правах, вполне могло быть реализовано при любой форме правления. Характерно, что ни одно из провозглашенных «гражданских прав» (жизни, свободы и собственности) так и не стало результатом самой революции: результатом будет только признание этих прав именно как неотъемлемых. Зато апробированное революцией понятие «социальная справедливость» помогло представить закон равным для всех, хотя утверждать, что требование распределительной справедливости тем самым сделало общество более справедливым или снизило уровень недовольства и ressentiment, было бы преувеличением (Ф. Хайек). В принципе признавая идеал всеобщего равенства перед законом, практика часто ограничивала круг его применения только теми, кого законодатель «рассматривал как себе подобных»: «Законодательство мало чем может помочь в ускорении этого процесса уравнивания, но зато может обратить его вспять, если вдруг пробудятся уже гаснущие настроения».

Стремление к справедливости и создало систему общих правил. (Локк даже настаивал на том, чтобы законодательная власть сосредоточилась на создании только самых общих правил, которые, в свою очередь, становились бы основанием и хранителями развива-

ющегося стихийного порядка⁴. «Социальная справедливость» заявила себя идеологией, оправдывающей отказ от права вообще, ведь в обществе могут существовать и такие правовые притязания, которые вообще ни к чему не обязывают: Никлас Луман называл этот феномен «несправедливым правом». Но причиной тому и является как раз появление понятия социальной справедливости, существующей где-то в промежутке между «правовым государством» и «государством полномочий». К этому еще добавляется, по словам Ф. Хайека, и «безнадежно неопределенное и бессмысленное понятие социальной справедливости»⁵. Само это понятие есть только «актуальная маска для враждующих сил».) И закон «прямого действия», эта квинтэссенция социальности, также подразумевает потенциальное уничтожение всех законов, всех действий, которые опосредствуют нашу деятельность, но «этот же закон и — охранная грамота варварства»: он свидетельствует о том, что рождается тип человека, который не хочет ни признавать чужую правоту, ни сам быть правым, он не просто стремится навязать свое мнение и «новым является именно право на отсутствие правоты, право на неправоту», а это и есть главный способ существования масс, полагал Х. Ортега-и-Гассет⁶.

«Полицейское» же государство, как крайняя и особо выразительная форма «государства управления», видит в праве преимущественно целесообразность, — эпоха «естественного» права была сосредоточена на справедливости, юридический позитивизм убеждает в приоритете стабильности права. Справедливость определяет лишь форму права; но «чтобы выяснить содержание права, необходимо дополнительно ввести еще и понятие целесообразности» (Г. Рардбрух).

Но «право может возникать не только из права. Побег нового права всегда произрастают из «дикого корня»». Существует некий изначальный акт творения права посредством прерывания права, «образование новой правовой почвы на остывшей революционной лаве»⁷. Идея об абсолютной ценности права продолжает жить в этической идее справедливости, хотя в публичной сфере основную роль

³ См.: *Арендт Х.* О революции. М., 2011. С. 32—33.

⁴ См.: *Хайек Ф.* Право, законодательство и свобода... М., 2006. С. 138.

⁵ *Болъц Н.* Размышления о неравенстве. М., 2014. С. 132.

⁶ *Ортега-и-Гассет Х.* Указ. соч.

⁷ *Радбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 107.

играет не столько сильное право, сколько государственный интерес. Закон тогда выступает в качестве формы, а сама революционная идея будет для него неким становящимся содержанием, которое закон одновременно оформляет, очерчивает и ограничивает, придает жизнь или же побуждает к мертвящей статичности, поэтому для революции закон может стать как позитивным, так и негативным фактором.

Косвенные воздействия скрытых сил, способные сформировать «спонтанное» решение, в ситуации исключительных обстоятельствах создают нормы, рассчитанные на длительный период времени. Наличие государственной и властной структур должны способствовать устойчивости и продолжительности существования нормативной системы, здесь же раскрывается и особый социальный аспект правопорядка.

До определенного момента решительное меньшинство и беспокойное большинство по отдельности не представляли серьезной опасности для существующего общественного порядка. Но, объединившись, они получают серьезные шансы преуспеть в его преобразовании. Объединение позволяло толпам сформировать если и не вполне справедливые, то, во всяком случае, достаточно определенные цели и идеи и осознать свою силу: законы и установления оказывают на импульсивную природу масс незначительное воздействие, массы не в состоянии руководствоваться правилами, вытекающими из чисто теоретической справедливости — их могут увлечь только впечатления, запавшие им в душу.

Государство всегда стремилось обозначить границы сферы действия собственной ответственности, маскируя эти намерения одним из своих главных мифов: защитой общего интереса, которая якобы превалирует над защитой частных интересов. На самом же деле государство всегда охраняет только само себя: эта охрана становится для него все более необходимой по мере того, как расширяется сфера его вмешательства... и его ответственности: символическая фигура «жандарма» сменяется тогда фигурой «покровителя»⁸. В этой ситуации понятие «Родина» становится публичной

инкорпорацией подданных в государство посредством обязательного «для совести соблюдения законов под страхом совершения смертного греха», и без этой связи совести и закона не может действовать не только правосудие, но и политика. Если устранить могущество законов, образ «Родины» ослабнет и придет в упадок, как если бы все ее действительные укрепления были сровнены с землей, а на нее обрушились бы ужасы войн... Законы, особенно пенитенциарные, охраняют «Родину» наиболее действенным образом (А. де Кастро)⁹.

«Сочтено, взвешено, разделено» (мене, тел, фарес) — было написано на стене у тирана, государство которого «переполняла мера беззаконий». Относительность греха не всегда улавливалась сознанием: еще у Лютера отсутствует понятие неполной, ослабленной вины и смягчающих обстоятельств, что усугублялось неискоренимым архаическим смешением правосудия и мести. Жозеф де Местр в «Санкт-Петербургских вечерах» замечает: Бог не является творцом для нравственного, он творец зла карающего, т.е. зла физического или боли, подобно тому как государь есть творец тех казней, к которым присуждают по его законам¹⁰.

Все великие революции творят заново свое публичное право, общественный порядок, общественный дух и общественное мнение и радикально трансформируют все частные привычки, манеры и чувства; сами же они должны быть недостижимы для публичного права и частных предубеждений. Они существуют в незащищенном, открытом, неисследованном и неорганизованном пространстве, которое всякая цивилизация почему-то ненавидит как «геенну огненную», — вероятно, это пространство находится где-то недалеко от ада¹¹. Революции пытаются возродить общественный порядок с помощью вмешательства небесных сил, ведь ад очень близок к небесам, «революции врываются в структуру общества снаружи. Они тем самым доказывают само существование открытых и опасных пространств вокруг нас. Пока мы законопослушны, мы страстно желаем забыть об их существовании». Нас пугает их вынужденное появление, но ни одна держава еще не получала свою власть от при-

⁸ См.: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С. 270.

⁹ Привод. по: Проди П. История справедливости. М., 2017. С. 222.

¹⁰ См.: Делюмо Ж. Ужасы на Западе. М., 1994. С. 412—413.

¹¹ См.: Розентокк-Хюсси О. Великие революции. М., 2002. С. 386.

¹² Опиу М. Основы публичного права. М., 1929. С. 748.

думанных и рациональных законов: «Сначала возникает власть, все остальное вытекает из нее: период революции — только время, которое необходимо для того, чтобы сделать власть видимой для ветеранов прежнего мирового порядка»¹².

Правительство и управление являются фактами, а не правом, не существует абсолютно законного основания политической власти и не существует неизменного принципа власти; публичная власть, суверенитет — все это силы более значительные, чем другие силы и главенствуют потому, что они самые мощные в государстве, но все это тоже не право: право повелевать не имеет юридической силы. Распоряжения власти становятся юридическими не сами по себе, а только потому, что они совпадают с соответствующей правовой нормой. «Закон не приказ, исходящий от парламента и обязательный в силу того лишь, что он сформулирован парламентом», — изъявления воли правящих имеют специальное значение лишь постольку, поскольку они согласны с социальной нормой, с объективным правом и только в этих пределах: власть тем самым в своих действиях исходит из некоей идеальной основной или базовой нормы (М. Ориу).

Ницше говорил о государстве как об организованной аморальности, включающей в себя полицию, уголовное право, сословия и выражающей вовне голую волю к могуществу, войне, захватам и мести. Между государством и индивидуумом лежат приказ, послушание, долг, любовь к отчизне и правителям, здесь же происходит разделение ответственности посредством приказа и его исполнения, поддержание гордости, силы, ненависти, мести — «всех тех черт, которые стадному типу противоречат». Стремление же к равенству представляет собой на этом фоне лишь идеализацию зависти¹³.

Созданные и старым порядком, и революциями представительные учреждения на деле всегда были озабочены не столько проблемой законодательства, сколько вопросами управления. Карл Шмитт называет «государством управления» организованное единство, в котором люди не правят, а нормы не считаются чем-то высшим, здесь «вещи управляют сами собой»: его специфическим выражением является мера, обусловленная положением

дел и принимаемая в зависимости от конкретной ситуации и по соображениям предметно-практической целесообразности. («Государство управления» ориентировано на тотальность и планирование. Во времена больших изменений и переворотов форма «государства управления» более всего подходит для революционных преобразований, оно обладает не столько эпосом, сколько пафосом, однако ярче всего форма проявилась в стабильных абсолютистских режимах XVII—XVIII вв.¹⁴) Управление есть прежде всего формальное выполнение законов и их поддержание. Оно указывает на тот факт, что в государстве есть нечто всеобщее, что осуществляется волей, которая принимает решения и постановления. Даже когда правительства и конституции падают, функция управления продолжает существовать: при наличии разных мнений и воззрений относительно законодательства и государственного строя, когда дело идет о субстанциональной основе государства, нет ничего более важного, чем государственный «управленческий» образ мыслей.

В ходе Французской революции управление в теории перешло к народу, а фактически к Национальному конвенту и его комитетам. Но по-настоящему господствовать стали абстрактные принципы свободы и ее искаженного выражения в субъективной воле — добродетели, которая выделяла в качестве активных субъектов только тех, кто разделял ее убеждения, что могло быть выявлено и оценено опять же только убеждением, поэтому в обществе вовсю начинает господствовать подозрительность: «Теперь господствуют добродетель и террор, так как субъективная добродетель, управляющая только на основании убеждения, всегда влечет за собой ужасающую тиранию», — грустно и проницательно замечает Гегель.

Хана Арендт была уверена, что не одна жестокость является признаком тирании, а скорее уничтожение публичной политической сферы, оставляющее гражданам только инициативы в частной сфере. Но даже если террор является неоправданным и неэффективным и может быть приписан извращенным капризам тирана, все же «в умах самих злодеев он может казаться неотъемлемым элементом фундамента для будущей легитимности». В этом случае главными ингредиентами такой

¹³ Ницше Ф. Воля к власти. М., 2005. С. 394.

¹⁴ Шмитт К. Легальность и легитимность. С. 225—228.

политики являются «социализация с использованием благотворительности и террора», призывающие гражданам ценности государства¹⁵.

Революция, независимо от ее фразеологии, работает не на свободу, а на власть. И поскольку закон повелевает всеми, то главный вопрос: откуда исходит этот закон, выражающий норму? Средневековые такой проблемы не знали, для него закон был заранее установлен и норма определена. Теперь же появляется необходимость самим создавать закон, и для этого нужна законодательная власть. Дж. Локк пояснял: то, что может создавать законы для других, необходимо должно быть выше их, и поскольку законодательная власть является законодательной в обществе лишь потому, что она обладает монопольным правом создавать законы для всех частей и для каждого члена общества, предписывая им правовое поведение и давая силу наказания, когда они нарушены, постольку законодательная власть по необходимости и должна быть верховной, а все остальные власти проистекать из нее и подчиняться ей». (К. Шмитт назовет это образование «законодательным государством».)

Так исторически сложилось, что задача законодательства поручается представителям, которые амбициозно полагают самих себя выразителями народной воли; парламент здесь просто заменяет короля, как представителя целого, ведь «общая воля» — это довольно загадочное явление и понятие, почему Руссо и попытался противопоставить ей «волю всех»¹⁶. Ошибку революционного духа М. Ориу заметил в том, что тот не стремится к свободе непосредственно, но лишь как к следствию равенства, которое объявляется «социальной справедливостью»: «Революционный дух ставит неорганическое равенство выше социальной организации», так как не может существовать никакой иной организации, кроме государственной. Тогда с политической точки зрения само государство остается лишь формой существования суверенного народа, т.е. массы лиц, находящихся в равном положении¹⁷.

Учредительная власть находится вне государства, тогда как власть учреждения неотделима от заданного конституционного порядка, и поэтому ей необходимы государственные рамки. Конституция предлагает себя в первую очередь в качестве учредительной власти. Суверенная власть возникает в революционном процессе как необходимость абсолютного принципа, способного основать и обосновать законодательный акт учредительной власти: отсюда и робеспьеровская идея «бессмертного законодателя». Революция всегда нуждалась в вечно пребывающем источнике авторитета, который отличался бы от общей воли нации, в абсолютном суверенитете, который мог бы наделить конкретным суверенитетом нацию и в котором могли быть локализованы право и справедливость¹⁸, законодатель должен был тем самым заменить Бога.

Любое обоснование подчинения господству проходит по тому же принципу и с теми же аргументами, что и отождествление суверенитета и легитимности власти. Этот принцип выражен в неразличении воли общества (народа) и высшего смысла государственного интереса. Техника власти здесь воспринимается как легитимирующее основание самой власти и не оставляет места «тайне власти», придает сакральному процессу политической организации внесоциальный характер, а государству — роль нейтрального технического инструмента. Устранение тайной политики и тайной дипломатии казалось революционерам панацеей от любой политической болезни и коррупции¹⁹.

Однако тайна все еще необходима для самого функционирования властей, и если К. Шмитт объясняет конкретный механизм самосохранения власти через «таинство техники», то М. Фуко сосредоточивается на истории отбора властных институтов, которые позволили образовать синтез права, монархии и легитимности: «В том, что касается политической мысли и политического анализа, король все еще не обезглавлен. Отсюда и то значение, которое в теории власти все еще придается проблемам права и насилия, закона и беззакония,

¹⁵ См.: Ясан Э. Государство. М., 2008. С. 107.

¹⁶ См.: Жувенель Б. Власть. Естественная история и ее возрастания. М., 2010. С. 326—327.

¹⁷ Ориу М. Указ. соч. С. 723—726.

¹⁸ Арендт Х. Указ. соч. С. 255.

¹⁹ Шмитт К. Духовно-историческое положение парламентаризма // Политическая теология. М., 2000. С. 191.

воли и свободы, особенно же — государства и суверенитета»²⁰.

Рожденную в Греции и Риме идею добродетели Монтескье называл чисто республиканским принципом, Робеспьер и Сен-Жюст приписали это качество своему абстрактному «гражданину», жертвующему собственную волю на алтарь «общей воли» и изымающему ее из сферы частного существования для передачи в публичное пространство. В этой ситуации законодатель у Руссо становится руководителем «общей воли», выражением которой служат его законы. Всегда непогрешимо справедливая в том, что она возвещает, «общая воля» нуждается в предварительном просветлении. И в этом — миссия законодателя: он стоит выше человеческих страстей, но хорошо знает человеческую природу. Он настоящее божество, поэтому гражданский порядок здесь смело порывает с естественным порядком. (Фихте дополнит это представление о законодателе метафизическим определением: «Он — наша воля, наше решение, рассматриваемое в состоянии длительности».) Фактически существующее единение, общность, социальная структурированность является субстанциональным содержанием нормативного порядка: чтобы был правопорядок, сначала нужен порядок. И воля к единству рождается раньше его правового оформления. Подобно явлению природы, наличие которого предшествует его писанию, революция только после своего рождения требует юридического оформления.

Г. Д. Гурвич следующим образом отмечал объективный и, по сути, безличный характер подобных «нормативных фактов»: «Особым проявлением всеохватывающего правового объективизма является первичность объективных и неорганизованных общностей по отношению к тем организациям, которые формируют надстройку для этих общностей»²¹. Правотворящий авторитет этих общностей основан на фактически существующей тотальности; известно, что понятие революции как раз и предполагает такую тотальность, поскольку

ее целью являются не только политические изменения в обществе, но и его полное комплексное преобразование. Но за революцией (до, в ходе и после нее) всегда стоит самый главный «нормативный факт» — государство. «Диктатура государства — вот та высшая форма, которую принимает насилие и “прямое действие”, ставшее законом поведения. Вышедшие из-под контроля массы действуют при помощи и посредством этой безымянной государственной машины» (Х. Ортега-и-Гассет). Человек-масса почему-то считает, что государство — это он сам, и старается все больше задействовать государственный механизм, чтобы с его помощью задавить энергию меньшинства, которое явно мешает ему проявить себя в политике и других видах деятельности²².

В мифическом сражении между Левиафаном, символизирующим государство, и Бегемотом, символом революции, сильная власть, одно из чудовищ, постоянно подавляет другое. Согласно Гоббсу, государство есть «гражданская война, сдерживаемая сильной властью». Но, в сущности, и вынуждающий к миру государственный порядок, и революционно-анархическая сила естественного состояния по своей стихийной мощи равны друг другу²³.

И революция хочет создать свое универсальное государство, а это государство уже будет формировать нацию посредством своих институтов, армии, образования и т.п. Один из французских революционных вождей заявил: «Единственные иностранцы во Франции — это плохие граждане»²⁴. «Гражданин» же становится вездесущей абстракцией потому, что он одновременно является и сувереном (в составе «народного тела») и подданным: в гоббсовской интерпретации «искусственное лицо» (Левиафан) вбирал в себя множество индивидуальных лиц, передававших ему свои права, и, как заметил К. Шмитт, старый двусмысленный миф о Левиафане неожиданно спровоцировал непредвиденные исторические ситуации и начал двигаться совсем в ином направлении, чем то, о котором мечтал его заклинатель²⁵.

²⁰ Фуко М. Воля к истине. М., 1996. С. 189.

²¹ Гурвич Г. Д. Идея социального права // Философия и социология права. СПб., 2004. С. 171—172.

²² Ортега-и-Гассет Х. Указ. соч. С. 148—149.

²³ Шмитт К. Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса. СПб., 2006. С. 130.

²⁴ Цит. по: Бурдьё П. О государстве. М., 2016. С. 629.

²⁵ См.: Шмитт К. Левиафан в государственной теории Томаса Гоббса. СПб., 2006. С. 120—121.

9. ОСНОВНАЯ НОРМА («СКРИЖАЛИ РЕВОЛЮЦИОННОГО ЗАКОНА»)

«В безнадежной республике всегда множество законов», — говорил Тацит, «беспокойная конституция» колеблется между прерогативой и привилегией; принцип же, который всякую легитимную власть выводит из народа, сам по себе представляется очевидным и справедливым, но всегда оказывается ложным, искажаясь под бременем истории и опыта (Давид Юм).

Изобретенная в Греции идея конституции возвращается в мир через римское право, но уже как идея чистой политики, отделенной от религиозности и догмата божественного права. Правда, еще Эдмунд Бёрк замечал, что французская революция не очень похожа на обычные политические революции и что она отличается ходом и характером революции религиозной. Вместо такого первоисточника, как «общественный договор», Бёрк предлагал исходить в конституционном анализе и строительстве из формы «великого изначального договора», включающего в себя всю физическую и моральную природу, тем самым приобщая мир видный к миру невидимому. Это — высший закон, который не может быть подчинен воле тех, кто сам принужден подчиняться ему: «государства хотел Бог»²⁶.

Скрытая мудрость содержится преимущественно в предрассудке, который обладает движущей силой, а не в пассивной теоретической рассудительности. (В историческом праве часто присутствует некая доля «поэзии», и при этом никто еще не доказал, что этот элемент бесполезен для преодоления актуального кризиса источников права: «Общества, где кодификация развивается мало, где основное внимание уделяется чувству игры, импровизации, имеют просто “сумасшедший шарм”» (П. Бурдьё)²⁷. Здесь мечта сменяется мифом, и тогда современники начинают верить, что кодекс тождественен всему праву и включает его в себя целиком.) Поэтический образ всегда сильнее рационального понятия.

Поиск первых оснований действительности конституций, на которой основываются законы, вполне может привести искателя к прежней конституции, затем к предыдущей и т.д.,

и так вплоть до некоей «исторически первой конституции, которая была когда-то введена неким единоличным узурпатором или некоей коллегией, созданной таким узурпатором». То, что исторически первый конституционный орган когда-то выразил в качестве своей воли и наделил действительностью в виде нормы, и есть та основная предпосылка, из которой исходит познание правового порядка, основанного на данной конституции: с учетом этого легальное принуждение должно осуществляться под теми же условиями и тем же способом, которые были определены и установлены первым создателем конституции²⁸.

Придавать форму (О. Шпенглер говорил о нормальном состоянии государства как «находящемся в форме») означало облечь какое-либо действие или высказывание в такую форму, которая признана подходящей и законной, и которая может быть использована только публично, полагал П. Бурдьё. Право приспосабливается к исторической ситуации, предполагая изменить ее в том направлении, которое для права желательно. Принцип власти прагматично основывается на необходимости существования такого «временного права», непрерывное воссоздание которого нужно для того, чтобы позволить мирно развиваться основным нормам социальной справедливости. И юридическая ценность этого «временного права» проистекает, в свою очередь, из презумпции справедливости, при условии, что при установлении такого права были соблюдены нормальные социальные процедуры²⁹. Для правоустанавливающей практики процедура даже важнее, чем содержание нормы.

Жан Антуан де Кондоре уверял, что слово «революция», обозначающее определенную форму социального преобразования, вообще не может быть применено к революциям, целью которых не является свобода. Робеспьер называл установленный им политический режим «деспотизмом свободы»: понятие же свободы, заключенное в идее освобождения, может быть только отрицательным. Только там и можно говорить о революции, где изменения обретают черты некоего нового начала, а насилие используется в целях утверждения совершенно иной формы правления или соз-

²⁶ См.: Мишель А. Идея государства. М., 2008. С. 142—143.

²⁷ Цит. по: Кабриак Р. Кодификации. М., 2017. С. 224.

²⁸ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливости и естественное право. СПб., 2015. С. 166.

²⁹ Ориу М. Указ. соч. С. 757.

дания нового государства. Нужно было «построить новый дом, в котором бы поселилась свобода», и люди, увлекаемые революцией в неопределенное будущее, возомнили себя архитекторами: «По замыслу людей революции, уже не мысль, а только практика, только исполнение и действие могут и должны были называться новым»³⁰.

И над всеми правовыми катаклизмами теперь возвышается принцип: каждый раз к правотворчеству призывается тот, кто действительно способен право осуществлять. Революция влекла за собой предусмотренную этой «базовой (основной) нормой» смену социальных сил, расположившихся на самой вершине власти. Благодаря этой норме новое революционное правительство выступало настоящим и легитимным правопреемником старого легитимного правительства. И только таким образом, а не иначе революционные изменения государственного строя могли продвигаться, не затрагивая самого института государства³¹. (Открытое, публичное и частное — три различных агрегатных состояния: «Если открытое состояние исчезает, никакой человеческий закон или личность уже не смогут противостоять “демонам жизни”». Никакая конституция не может утвердиться, если она не произошла из войны или революции, если не уходит корнями в сферы, простирающиеся за публичным правом и частной выгодой»³².)

«Народ всегда будет принимать своих господ, но никогда не избирать их» (Ж. де Местр). Происхождение государственности всегда оказывалось за пределами субъективной человеческой власти, и люди, которые ее олицетворяли, были не более чем условностями. Легитимность, которая в своих истоках может показаться двусмысленной, выражается в том, что глава государства всегда является также и представителем высшей силы, называемой Временем. Нигде и никогда легитимная конституция не была просто написана: «Только когда общество окажется уже созданным, непонятно каким образом, возможно продекларировать или растолковать в письменном виде

некоторые частные статьи». Однако почти всегда эти декларации являются только следствием или причиной огромного зла, и всегда они обходятся народу дороже, чем стоят на самом деле³³.

Когда-то Аристотель описывал полис как комплекс специфических свойств и добродетелей, который не мог быть нормирован согласно неким универсальным и необходимым законам, для него были необходимы сразу многие формы конституций: конституция, по Аристотелю, на деле есть только иерархический порядок должностей, и «все должности распределяются в отношении силы того, кто участвует в конституции» (Политика, IV, 1290a). Конституция, понимаемая как наивысший результат политического искусства, совсем не собиралась поддерживать здоровье того, что и так достаточно здорово, она позволяет лечить, заботиться там, где здоровье потеряно, следовательно, она неизбежно предполагает наличие порока и конфликта³⁴.

О. Шпенглер перечислял три доктринерских конституции (французская 1791 г., немецкие — 1848 и 1919 гг.), которые не желают видеть какой-либо великой судьбы мира фактов, полагая, что тем самым ее ниспровергли. Вместо всего непредвиденного и случайного, сильных личностей и обстоятельств, в них правит каузальность — вневременная и справедливая, неизменная рассудочная взаимосвязь причины и действия³⁵. (Макиавелли же говорил о трех великих силах, действующих в истории: воображении, необходимости и случайности.)

В ходе революционной политической борьбы в теле истории вызревала напряженность между свободой и равенством, а также между «нормальными» и «революционными» формами политики, между различными принципами легитимации движений и режимов. Налицо были противоречия между всеобъемлющей революционностью и допустимым плюрализмом интересов, а также принятие легитимности плюралистического устройства жизни и общества, подчеркивание процедурных правил как опоры конституционных ре-

³⁰ Арендт Х. Указ. соч. С. 40, 71.

³¹ Радбрух Г. Указ. соч. С. 108.

³² Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 388.

³³ Местр Ж. де. Опыт об общем начале политических конституций // Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных. СПб., 2017. С. 96.

³⁴ Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2000. С. 36.

³⁵ Шпенглер О. Закат Европы. М., 1998. Т. 2. С. 439.

жимов: «Ни одна из современных конституционных и либеральных демократий так и не избавилась целиком... от этого якобинского компонента, особенно в его утопическом измерении»³⁶.

Но необходимость установления надежного государственного порядка заставляла властвующие массы превращать свою силу в право. Неизбежная оборотная сторона всякого права — обязанность: право не может быть голым произволом, как бы велико и многообъемлюще оно ни было. Оно должно иметь некий предел, а с этого предела как раз и начинается обязанность и вместе с нею право других, этими другими являются подвластные и бесправные, — ведь вместе с правом «господ» рождается право «рабов». С развитием этого права возникает и сама идея права: если обязанность есть «пространственное» последствие права, то идея права является его последствием во времени. И именно это последствие становится настоящим орудием борьбы подвластных и бессильных классов. Многолетнее господство права покоряет их силой привычки, многолетнее применение правовых норм и правовых представлений оставляет в массовом сознании в виде осадка более или менее актуализированную идею права, которая становится настоящей социальной силой; эти идеи — выводы из правовых принципов, которые долго признавались господствующими, фанатизм масс только придает им силу, а идеи «равенства и свободы» пытаются осуществить на практике, и на «разрозненную массу бесконечных обществ снова переносится право примитивной орды» (Л. Гумплович).

Воздействие вскорости оказавшихся ложными новых прав и правовых идей происходит до того момента, когда «сила по собственному праву, как естественный фактор общественной жизни, вновь приобретает господство над утомленным революцией обществом». Происходит переход от свободы и равенства анархической среды через силу и неравенство, через право и закон к свободе и равенству революции, к разрушающей государство «разрушающей анархии», а уже от этого шаткого состояния — снова к силе и господству реакции и реставрации, а затем к новому развитию, и так далее до бесконечности...³⁷

Двоевластие или многовластие — нормальное состояние для переходного революционного периода. Позитивное право тогда может находиться либо в состоянии стабильном и установленном, либо во временном. Во втором случае право опирается единственно на авторитет политической власти, в первом — еще и на факт длительного, ничем не нарушенного существования и на факт «предполагаемого присоединения подданных»; по этой логике конституционные законы относятся к «установленному и образцовому» праву, а все остальные законы выступают только как нормы временного права». В эту переходную эпоху революционная теория права вынуждена считаться с тем фактом, что для длительного существования законов уже недостаточно только того авторитета, которым они обладают в момент принятия, и что теперь они нуждаются в последующем утверждении и ратификации. Дело утверждения передается в руки исполнительной власти, которая осуществляет его посредством издания конкретизирующих регламентов и создания публичных служб: промежуточные периоды правосозидания между свергаемым законным правительством и вступающим в действие новым законным правительством (которое еще не оформлено соответствующим корпусом нормативных актов) обычно и определяется как эпоха «режима декретов».

«Революционное правительство силой вещей прежде всего организуется в форме исполнительной власти, поскольку значительно легче создать некую комиссию, наделенную исполнительными функциями, нежели сформировать полноценное и представительное законодательное собрание». Исполнительная власть тогда наделяется правом издавать общие регламенты, посредством простого декретирования они и заменяют закон, а для их исполнения и санкционирования применяется публичная власть. Временные правительства осуществляют свою власть впредь до формальной ратификации конституционным законом либо неформальной ратификации, осуществляемой присоединением подданных и единообразием судебной практики³⁸. Роль юстиции на этом этапе революции заметно возрастает. (Как замечает Нил Фергюсон, Французская

³⁶ Эйзенштадт Ш. Революция и преобразования обществ. М., 1999. С. 35—36.

³⁷ Гумплович Л. Основы социологии. М., 2010. С. 244—247.

³⁸ Ориу М. Указ. соч. С. 744.

революция, не доверяя своим судьям, стремилась превратить их в автоматы, слепо применяющие нормы, сформулированные законодателем. Это приводило к тому, что судам не позволялось пересматривать акты органов исполнительной власти: французы предпочли равенство свободе, идея которой была ближе к искомому абсолюту теоретически и значительно менее полезна практически.)

«Правитель тот, кто нам покой дарует» (Гёте) — это и есть та навсегда осознанная базовая норма, на которой основывается действие всего позитивного права. Кельзен утверждал, что посредством базовой нормы может быть установлена такая правотворческая власть, нормам которой в целом подчиняются, и именно в этой базовой норме чудесным образом осуществляется трансформация власти в право³⁹.

В соответствии с «чистой теорией права», основная норма позитивного правового порядка есть не что иное, как основное правило, согласно которому создаются все остальные нормы правового порядка. Это введение некоего основного нормативного факта для запуска процесса создания права, которое осуществляется разными способами — через обычай или законодательный процесс. В основной норме укоренено последнее основание того нормативного значения, которым обладают все факты, конституирующие данный правовой порядок; эта норма не действует как позитивно-правовая, а предписывается как условие любого нормотворчества.

Значение основной нормы наиболее ясно обнаруживается тогда, когда «правовой порядок не изменяется легальным путем, а меняется на другой правовой порядок революционным путем», когда само существование права ставится под вопрос, и только фактические действия людей, от которых правовой порядок ждет признания своей действительности, считаются соответствующими новому порядку как единственному легитимному. Акты, осуществляемые в соответствии с этим порядком, теперь истолковываются как правовые, а нарушающие данный правопорядок факты — как правонарушения; предпосылается новая революционная основная норма: действительность нового правопорядка зависит от его действительности⁴⁰.

Закон вносит неожиданную подвижность в социальные институты, стремясь придать им больше справедливости и свободы. Но такая подвижность, еще и обеспеченная писаным законом, представляет для стабильности как правового идеала серьезную опасность, так как ведет к перманентному «революционному состоянию, при котором изменяющие силы приобретают больше влияния, чем силы устойчивости».

Средство обуздать подвижность закона обнаруживается в самом писаном законе, которому искусственным путем удастся получить те же самые гарантии, которые естественным образом даются инструментами обычного права: это конституционные законы, поставленные над обыкновенными законами и необходимые для «прекращения революционного состояния» (М. Ориу).

На первый план тогда выдвигаются более «торжественные» (как любил говорить Дж. Вико) законы, которыми утверждаются основные институты корпоративного статуса. «Божественное право главы государства составляло монархический принцип, божественное право народа — революционный принцип, и новообретенное божественное право организованной национальной корпорации, членами-участниками которой состоят отдельные личности, становится всецело конституционным принципом»⁴¹. (Кондорсе заявлял: «Нельзя уменьшить неравенство, не увеличивая тем самым свободы, и наоборот»). Несоблюдение этого правила часто становилось причиной половинчатого характера революций: старые учреждения были уничтожены, но душа оставалась прежней, — деятели революции не всегда умели точно определять границу частных прав, за которую не должна была переходить деятельность государства. Но по замечанию критиков, уже сам революционный Конвент реставрировал абсолютистскую идею «государственного интереса», вновь предоставив государству полную власть над индивидуумом. Анри Мишель видел в революционном правотворчестве сосуществование двух главных идей: первая была представлена конституционной комиссией и выражала духовное влияние Монтескье, вторая — представленная Конвентом, направленная на огосударствление и находящаяся под

³⁹ Ориу М. Указ. соч. С. 98.

⁴⁰ Кельзен Г. Указ. соч. С. 167—168.

⁴¹ Ориу М. Указ. соч. С. 8—9.

влиянием идей Руссо; революционеры 1789 г. в обоих случаях рассматривали право как самый могущественный и насущный интерес, а не как нечто несоизмеримое ни с каким интересом⁴². В результате всего после революции сложилась стройная конфигурация элементов административной и абсолютной монархии, просвещенного деспотизма и индивидуалистического принципа.)

Субстанциональное право, не отделенное от нравственности и справедливости, отторгло нормативистский легализм существующего права. Место фикции непрерывной легальности стало занимать так называемое «живое» право. При отсутствии законодательных норм на первых этапах революции это право появлялось в форме «революционного правосознания», которое включало в себя и новую нравственность, и представления о справедливости. Использование такого правового источника всегда требовало соответствующей организации судебных структур и процедур: очевидная политизация юстиции обуславливалась тем, что само определение политического и неполитического оказывалось делом политиков: на теоретическом уровне господствующей правовой идеологией первого этапа революции всегда выступала «психологическая теория права».

Сущностью якобинской правовой идеологии была вера в возможность трансформации общества через всеохватную политическую деятельность. Эти ориентации уходили своими корнями в средневековые эсхатологические источники и выявляли сильную направленность на социальную и культурную активность и способности человека перестраивать общество в соответствии с тем или иным трансцендентным представлением: тем самым имела место значительная идеализация политик. И вместе с тем все эти ориентации проявились в попытках государственно-административной перестройки центров соответствующих обществ, в слиянии центра и периферии, упразднении посредничающих институтов и ассоциаций, т.е. структур гражданского общества в целом. В будущем эти якобинские компоненты еще долго будут присутствовать в популистских, социалистических, националистических и фашистских движениях⁴³.

Идея «верховного всеохватывающего Закона» впервые обсуждалась во время пуританской революции Кромвеля. Тогда этот закон воспринимался по аналогии с библейским как договор избранного народа, но даже в таком сакрализованном виде он был идеей достаточно четко сформулированной конституции, противопоставленной системе обычного права. И высший разум верховного закона, Конституции 1792 г. во Франции, и философские идеи Вольтера и Робеспьера явно выходили за пределы переменчивых мнений политиков: «Величественная, далекая, возвышенная и почетная, как традиция, конституция пребывала на олимпийских высотах, возвышаясь над всеми политическими страстями».

Идея писаной конституции, рожденная в недрах тайных обществ и сект, свидетельствовала о безграничной вере их адептов в силу человеческого разума и сознания. Поэтому предпочтение должно было отдаваться основным и стабильным принципам верховного закона, а не меняющимся искушениям момента, и поскольку конституция возбуждает благороднейшие и глубочайшие эмоции человека, она и будет обращена к той его части, благодаря которой он только и является человеком.

В ходе революции средние классы, придерживаясь в своем выборе политической середины между аристократами и крестьянами, продвигались вперед под этим знаменем Верховного Закона, их выбор падал на «права человека». «Триколор» стал флагом новой веры: где бы вы ни увидели трехцветный флаг, вы можете быть уверены, что находитесь в стране, основы которой были заложены идеями 1789 г., которые предполагают качественное различие между «священной» конституцией и повседневным рутинным законодательством⁴⁴.

* * *

Когда возмущенный неверием и меркантилизмом своего народа Моисей разбивает скрижали, на которых были записаны заповеди Бога, он совершает жест, которым обрекает погрязших в грехе людей на полное беззаконие. Высшие принципы так и останутся для них недоступным знанием: здесь Моисей — это настоящий революционер, в гневе своем

⁴² Мишель А. Указ. соч. С. 102—103.

⁴³ Эйзенштадт Ш. Указ. соч. С. 34—35.

⁴⁴ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 164—165.

устраняющий последнее препятствие на пути «тайны беззакония»...

Еще Платон говорил, что «неписанные произведения предстают перед нашими глазами будто живые, но если их спрашивают, они с достоинством хранят молчание». Тот законодатель, кто пытается написать законы или «гражданские конституции» и воображает, что, написав их, придает им соответствующую несомненность и стабильность, ничего не ведет о вдохновении и безумии, справедливом и ложном, добром и злом. Все написанное является признаком слабости, невежества или страха, ведь «чем совершеннее постановление, тем оно меньше что-либо записывает»⁴⁵.

Но человек возомнил, будто обладает властью творить, тогда как имел только власть называть: «Он возомнил, будто сам является непосредственным создателем государственности, самой важной, самой сакральной и наиболее фундаментальной вещи морального и политического бытия» (Ж. де Местр). Платон же утверждал, что Бог доверил установление и устройство империй не людям, но ангелам. И необходимо всеми силами подражать этому первоначальному порядку, доверившись тому, что есть бессмертного в человеке.

«Сложилась своего рода волшебная сказка о том, что народ как целое и есть активный носитель политического процесса и что его действия всегда предпочтительнее действий отдельного индивида. За этой сказкой последовала курьезная теория о том, что демократический процесс принятия решений всегда обеспечивает общую пользу. При этом общей пользой объявлялось как раз то, к чему и приводит сама демократическая процедура»⁴⁶. (Революционный Конвент 1793 г. откровенно выражал намерение дать равенству законное преимущество перед свободой; в итоге принцип равенства оказывался «в полной гармонии с диктаторскими тенденциями Конвента», — ведь нет такого тиранического правительства, которое не имело бы целью свести всех индивидов к одному уровню: «Ссылаясь на ложный принцип естественного и абсолютного равенства людей, находили и мнимое оправдание для тяжелой тирании, которой угнетали страну»)⁴⁷.

«Революционный разум лишь с некоторым опозданием произвел на свет гражданский кодекс и предельно централизованную систему управления». Настоящим творением политической воли стала только империя, наполеоновская воля была обязана своему революционному прошлому тем, что «оставалась волей, стремящейся к утверждению права... И предательством революционной мысли будет появление в XIX веке другой воли, стремящейся к утверждению воли к власти — темной силы, которая отказывалась действовать заодно со светом разума, считая его неосновательным»⁴⁸.

Установление абсолютной власти — всегда само по себе важное событие хотя бы потому, что речь здесь идет о власти сильной и стабильной, в юридическом плане эта тенденция всегда приводит к унификации и систематизации права. Власть уже не довольствуется только санкционированием частных кодификаций — она присваивает их, выдавая кодификацию за собственное творение; удовлетворяя естественную потребность подданных в правовой определенности, власть тем самым укрепляет собственный авторитет и решает свои важные политические проблемы.

Кодификация и централизация всегда были любимыми орудиями королей и диктаторов. Этому противостояла система «общего права», ведь прецедентом нельзя управлять с помощью королевских прерогатив, они — сами гарантии против деспотизма, поэтому пуританская революция и провозгласила: «Давайте выстроим нашу оборону за хаосом прецедентов». В отличие от постоянно возрождающегося из прошлого прецедента, кодекс выглядит как настоящий символ «остановленного времени» (Карбоне), и годы, следующие за его принятием, обычно не бывают богаты на правовые реформы, как будто кодификация уже опустошила всю накопленную законодательную энергию.

Однако и сами кодексы живут полноценной жизнью достаточно короткий период времени: задуманные как средство преодоления кризиса источников права (когда одного «революционного правосознания» уже явно недостаточно) и законодательной инфляции, кодексы воз-

⁴⁵ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 91—92.

⁴⁶ Хайек Ф. Указ. соч.

⁴⁷ Дюги Л. Конституционное право. М., 1908. С. 696.

⁴⁸ Старобинский Ж. Поэзия и знание: История литературы и культуры. М., 2002. С. 385.

вращают равновесие в жизнь права, но лишь на некоторый момент, — «порвав с прошлым, они начинают стареть сразу же после своего принятия»⁴⁹.

Кодекс обычно замышляется как некий закрытый мир, «кодификация хочет быть исчерпывающей и верит, что может стать таковою» (Макс Вебер). С логической точки зрения кодекс представляется наиболее последовательным воплощением идеи системы в юридической сфере, системой координируемых и соподчиненных правовых совокупностей. Эту идею единого кодекса лелеял еще Иеремия Бентам, мечтавший собрать все нормы позитивного права в едином корпусе. Кодификация выглядит как «кристаллизация» права, мешающая адаптации права к меняющимся нравам и ситуации. Опасность здесь заключается в разделении и противостоянии между правом и нравами, законом и справедливостью, между «текстами, которые выражают право, и новыми потребностями, которые его творят» (Салейль)⁵⁰.

Особым пафосом отличается такой конституирующий акт, каким является декларация: ее задача не только провозглашать, но и закреплять провозглашаемое, фиксировать дух и идею закона. Декларация является, по сути, основным законом (временным или постоянно действующим), обязательным как для самого законодателя-учредителя, так и для обычного законодателя, подчиняющегося законодатель-учредителю. (По замечанию Леона Дюги, Декларация прав 1789 г. составляла интегральную часть Конституции 1791 г. и тем самым потеряла свою законную силу с того момента, когда был упразднен установивший ее политический строй.) Декларации обычно разделяют судьбу связанных с ними конституций, тогда как правовые положения, не имеющие чисто политического характера, но имеющие некое общее значение, могут применяться и независимо от формы правления, установленной конституцией, и действуют уже после падения самого этого правления, декларации на этом фоне и в этом контексте приобретают некоторым образом «священный и религиозный характер»⁵¹.

Основополагающее значение конституций состояло в том, что они требовали некоей

предварительной договоренности и особых усилий для того, чтобы придать себе авторитет и уважение, коими издавна традиционно пользовался закон. Как правило, это был результат борьбы партий и групп, но, будучи установленной, конституция логически воспринималась как первоисточник закона.

Однако сама конституция вовсе не определяла, что есть закон и что есть справедливость («публичное право проходит, а частное остается»). Если в результате революции или завоевания менялась вся структура правительства, большая часть «правил справедливого поведения», гражданского и уголовного права оставались в силе, даже в тех случаях, когда главной причиной революции было желание изменить некоторые из них: так происходило потому, что, только удовлетворив общие ожидания, новое правительство могло заручиться лояльностью подданных и тем самым обрести легитимность.

Конституции, таким образом, исходили из существующих «правил справедливого поведения» и давали лишь подходящий механизм для их претворения в жизнь. Законодательство же должно было направляться и руководствоваться не интересами, а убеждениями, т.е. объективизированными представлениями о том, какие действия правильны, а какие нет: справедливость тогда превращалась в адаптацию к незнанию частных фактов неких более общих представлений и принципов». (В то время как Франция декларировала «права человека» в своих конституциях, Германия формулировала права гражданина, вводя их в легальную кодификацию. В XVIII в. величественные законодательства Центральной Европы символизировали всеохватный взгляд на монархическое государство, не имея ничего общего ни с римским, ни с каноническим правом, — то и другое создавали законы, являвшиеся собранием индивидуальных решений, но не конституционными сводами. В немецком своде законов (1788) следы прецедентов были тщательно удалены, он решительно начинает с индивидуума и только затем переходит к объединениям разного рода.) В простых «неконститутированных» видах правовой системы идея окончательного правила признания, высшего критерия и юридически неограниченной легислатуры как бы

⁴⁹ Кабриак Р. Указ. соч. С. 129—130, 182—183.

⁵⁰ Цит. по: Кабриак Р. Указ. соч. С. 156—157, 168.

⁵¹ Хайек Ф. Указ. соч. С. 153—154.

сливаются. Ибо там, где есть легислатура, не подчиненная никаким конституционным ограничениям и обладающая полномочием своим постановлением лишать все иные нормы права, исходящие из других источников, статуса законов, постановления этой легислатуры и есть высший критерий юридической действительности⁵².

Протестующий есть истинный верноподданный законодателя: вот что такое протестант. Революция провозгласила абсолютное «право голоса», логически и критически противопоставленное божественному праву и древнему авторитету, однако границы понятия «всеобщего права голоса» оставались неопределенными, поэтому это понятие вполне могло быть распространено на любую сферу политического существования. Это право опиралось на весьма неубедительную теорию равенства и стремилось завоевать себе полномочия на вечный пересмотр существующего положения вещей: «Именно после его появления конституции стали постоянно вызывать сомнения, а формы государственной власти — подвергаться непрерывным преобразованиям» (Якоб Бурхардт)⁵³.

«Мания все сплошь реформировать неизбежно вызвала контрреволюции: излишняя свобода утомляет людей, как и всякое сильное возбуждение. Бунты не вредны только там, где натура еще не испорчена, — говорил Макиавелли, — но где много развращенных людей, там и хорошие законы ни к чему не послужат». («Образцовая» английская конституция, органически выросшая из характера нравов и обычаев англосаксов, будучи перенесена к латинским народам, послужила лишь препятствием их прогрессу и вызвала ряд революций⁵⁴.)

Жозеф де Местр утверждал: «Начала политических конституций существуют прежде всякого писаного закона». Все наиболее существенное, свойственное конституции и по настоящему фундаментальное для нее никогда не записывается и не сможет стать таковым, не подвергнув риску государство. Слабость и недолговечность конституции напрямую и в точности соразмерны множеству написанных конституционных статей: конституция не жела-

ет видеть судьбы мира фактов, полагая, что тем самым ее опровергает: взамен «случайности сильных личностей и обстоятельств править должна каузальность — вневременная, справедливая, неизменно одна и та же рассудочная взаимосвязь причины и действия»⁵⁵.

Конституирующие жизнь правовые формы являются так называемыми «нормативными фактами», существующими за пределами правовой сферы и порождающими собственное право; уже сами по себе эти нормативные факты «представляют доправовые факты союза или единства» (М. Шелер говорил в этой связи о доправовых «интернациональных актах, совершаемых сообща», а М. Ориу — о «единстве в идее»). Революционное «движение» как «доксическая» форма единства сама порождала необходимые для ее целей правовые нормы и формы, а правовая идея оказывалась имманентной фактическим формам объединений. Обусловленные этим конституционные фундаментальные принципы обладали, как представляется, сверхлегальным достоинством, которое возвышало их над любым организационным регулированием конституционного права или каким-либо частным материально-правовым регулированием, служащим их сохранению.

«Естественные законы», в отличие от позитивных, не имеют какого-то неизменного и регулируемого авторитета, они зачастую неопределенны и малопонятны, поэтому и требуется решительное вмешательство суверенной власти, которая только и способна вычленив их из спутанной массы, — власть не только устанавливает позитивные законы, но и выявляет и проясняет законы «естественные»: авторитет произвольных законов заключается лишь в силе, которую им дает тот, кто устанавливает законы, но основывать суждения и принимать решения можно только на основе «естественных» принципов справедливости (Ж. Дома)⁵⁶. Но право есть не убеждение, мнение, знание и т.п., короче говоря — не умственная сила, но сила нравственная, оно есть воля. Только воля и может дать праву то, на чем покоится его существо, — действительность, только она имеет реально образующую, творческую силу... И как

⁵² Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 110.

⁵³ Бурхардт Я. Указ. соч. С. 469.

⁵⁴ Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. СПб., 2007. С. 187.

⁵⁵ См.: Гурвич Г. Д. Указ. соч. С. 166—167.

⁵⁶ См.: Проди П. Указ. соч. С. 484—485.

может духовный взор разума охватить такое право, которое «находится в вечном состоянии дрожания и колебания»?⁵⁷ «Юридическая» конституция и применение ее нормативных определений сами не создают государственности, скорее государство, как политическое единство, есть основное условие для становления их значимости: «Конституция — это не договор, а решение, причем решение о способе и форме политического единства». Нормы же, учреждающие органы государства, только придают форму государственному действию, определяют необходимые процессуальные правила для дееспособности политического единства⁵⁸.

В революции произошло окончательное разделение «власти конституируемой» и «власти конституирующей». Эта последняя и стала ассоциироваться с «народом», в связи с чем выводилась за пределы политики и помещалась в некое неизменное, естественное состояние; конституируемая же власть вновь не гарантировалась учредительным собранием, т.е. властью конституирующей, поскольку оно само — такое собрание — неконституционно, поскольку по времени предшествует принятию конституции. Легальность новых законов, которые нуждались в «высшем законе и верховном господине», также получала свое начало все в той же «воле нации», которая как бы парила над всеми правлениями и законами.

Сама же национальная воля в ситуации кризиса и революции позволяла собой манипулировать как раз до того момента, когда

ответственность брал на себя появившийся из небытия диктатор: «Диктат же самой воли лишь на короткие периоды достигал фиктивного идеала национального государства — “единодушной воли народа” — но не воля, а интерес», это наиболее прочная структура общества, составлял подлинную основу национального государства⁵⁹.

Вверенная и установленная народом власть — довольно туманное юридическое понятие, выросшее из социально-этических корней; но в психологическом смысле подобная форма передачи власти вообще есть нечто абсолютно невозможное: у нас или есть власть, или ее у нас нет. Власть, которая дается только посредством юридических конструкций и писанных на бумаге конституций, не так уж и велика. И поэтому метафизическое «выведение власти из милости Божьей представляет собой все-таки наиболее удачный символ лежащего в основании переживания»⁶⁰.

Легалистская логика революционного мифа требовала наличия во главе формируемой ею системы правопорядка некоего, по сути, сакрального центра, исходной точки, главной нормы, из которой проистекает вся система и новый мир. Революционеры ошибались, полагая, что «конституция», т.е. та базовая норма, которую они могли наблюдать, и есть итог революции. Все оказалось сложнее. Основная норма, пока она существует, может стать только началом нового этапа «вечной революции», чего-то всегда нового и еще непознанного — ведь «скрижали» мифа так и остались расколотыми.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Оставшееся время. — М., 2018.
2. Амфитеатров А. Дьявол в быту, легендах и в литературе Средних веков. — СПб., 2010.
3. Батай Ж. Суверенность // Проклятая часть. — М., 2006.
4. Беньямин В. К критике насилия // Учение о подобии. — М., 2012.
5. Бодрийяр Ж. В тени молчаливого большинства, или Конец социального // Ясперс К., Бодрийяр Ш. Призрак толпы. — М., 2007.
6. Гоббс Т. Сочинения : в 2 т. — М., 1989. — Т. 1.
7. Делюмо Ж. Ужасы на Западе. — М., 1994.
8. Дюги Л. Конституционное право. — М., 1908.
9. Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. — М., 2015.

⁵⁷ Иеринг Р. Дух римского права // Сочинения. М., 2006. Т. 2. С. 292.

⁵⁸ Вёксенфёрде Э. В. Понятие политического как ключ к работам Карла Шмитта и государственному праву // Логос. 2002. № 5. С. 164—166.

⁵⁹ Арендт Х. Указ. соч. С. 223—225.

⁶⁰ Шпрангер Э. Формы жизни. М., 2014. С. 197.

10. Исаев И. А. Политическая демонология Карла Ясперса // *Философия и психопатология*. — М., 2006. — С. 130—133.
11. Крик Э. Продолжение идеализма. — М., 2004.
12. Кьеркегор С. Понятие страха. — М., 2014.
13. Лосский В. Очерк мистического богословия Восточной церкви // *Мистическое богословие*. — Киев, 1991.
14. Мангейм К. Человек и общество в эпоху преобразований // *Диагноз нашего времени*. — М., 1994.
15. Местр Ж. де. Опыт об общем начале политических конституций // *Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных*. — СПб., 2017.
16. Ницше Ф. Греческое государство // *Философия в гражданскую эпоху*. — М., 1994.
17. Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс // *Дегуманизация искусства*. — М., 1991.
18. Розеншток-Хюсси О. Великие революции. — М., 2002.
19. Жижек С. О насилии. — М., 2010.
20. Шелер М. Ресентимент. — М., 2000.
21. Эвола Ю. Люди и руины. — М., 2000.

Материал поступил в редакцию 16 марта 2018 г.

"THE MYSTERY OF LAWLESSNESS", OR REVOLUTIONARY JUSTICE. PART 3

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 kafedra-igp@mail.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to one of the most important problems of legal theory, namely, the problem of "just law." All great revolutions pursued the objective of achieving social justice that was primarily associated with the equality of all before the law. To a large extent, this explains surprising overlapping of algorithms in compliance with which the revolutions developed having passed through the same stages of formation. During the revolution, the idea of equality is often replaced by the idea of freedom. The clash of the old departing legal order with the new revolutionary legislative norms created a specific situation, a state of emergency, i.e. an anomie, when the operation of any law was suspended. However, the statehood itself, despite the change in its form, continued to exist. The need to create a new law required the development of a new legal order; as the result of the development of law, constitutive and regulatory acts that envisaged the newly established order were adopted. The author focuses on the historical experience of the English and French revolutions comparing it with the experience of other revolutions.*

Keywords: *law, statute, legality, legitimacy, sovereignty, norm, constitution, custom, power, dictatorship, democracy, parliament, revolution, rebellion, insurrection, force, liberation.*

REFERENCES

1. Agamben J. *Homo sacer. Chrezvychaynoe polozhenie* [Homo sacer. State of Exception]. Moscow, 2011.
- Agamben J. *Ostavsheesya vremya* [The Time that Remains]. Moscow, 2018.
2. Amfiteatrov A. *Dyavol v bytu, legendakh i v literature Srednikh vekov* [The Devil in Everyday Life, Legends and Literature of the Middle Ages]. St. Petersburg, 2010.
- Bassiouni K. *Vospitanie narodoubiys* [Macht Oder Mundigkeit]. St. Petersburg, 1999.
3. Bataille G. *Suverennost. Proklyataya chast* [Sovereignty. The Accursed Share]. Moscow, 2006.
4. Benjamin V. *K kritike nasiliya. Uchenie o podobii* [To the Criticism of Violence. The Doctrine of Similarity]. Moscow, 2012.
5. Baudrillard J. *V teni molchalivogo bolshinstva, ili konets sotsialnogo*. [In the Shadow of the Silent Majority, or the End of the Social]. Jaspers K., Baudrillard S. *Prizrak tolpy* [The Phantom of the Crowd]. Moscow, 2007.



6. Hobbes T. Works: In 2 vols. Moscow, 1989. Vol. 1.
7. Delumo J. *Uzhasy na zapade* [Horrors in the West]. Moscow, 1994.
8. Dyugi L. *Constitutional Law*. Moscow, 1908.
9. Girard R. *Ya vizhu satanu, padayushchego kak molniya* [I see Satan Fall Like Lightning]. Moscow, 2015.
10. Isaev I.A. Politicheskaya demonologiya Karla Yaspersa [Political demonology of Karl Jaspers]. *Filosofiya i psikhopatologiya* [Philosophy and Psychopathology]. Moscow, 2006.
11. Krik E. *Prodolzhenie idealizma* [Continuation of idealism]. Moscow, 2004.
12. Kierkegaard S. *Ponyatie strakha* [The concept of fear]. Moscow, 2014.
13. Lossky V. *Ocherk misticheskogo bogosloviya Vostochnoy tserkvi* [Essay on the mystical theology of the Eastern Church]. *Misticheskoye bogoslovie* [Mystical theology]. Kiev, 1991.
14. Mannheim K. *Chelovek i obshchestvo v epokhu preobrazovaniy* [The Man and the society in the era of transformation]. *Diagnoz nashego vremeni* [Diagnosis of our time]. Moscow, 1994.
15. Mestre G. *Sankt-peterburgskie vechera* [St. Petersburg evenings]. St. Petersburg, 1998.
16. Nietzsche F. *Grecheskoye gosudarstvo* [The Greek State]. *Filosofiya v grazhdaskuyu epokhu* [Philosophy in the Civil Epoch]. Moscow, 1994. Gumplovich L. *Osnovy sotsiologii* [Fundamentals of Sociology]. Moscow, 2010.
17. Ortega y Gasset J. *Vosstanie mass* [Accession of the masses]. *Degumanizatsiya iskusstva* [Dehumanization of art]. Moscow, 1991.
18. Rosenstock-Hussie O. *Velikie revolutsii* [Great Revolutions]. Moscow, 2002.
19. Zizek S. *O nasilii* [On Violence]. Moscow, 2008.
20. Scheler M. *Resentiment* [The resentment]. St. Petersburg, 1999.
21. Evola G. *Lyudi i ruiny* [People and ruins]. Moscow, 2000.