

## КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

УДК 340

### ЗАИМСТВОВАНИЯ, КОМПИЛЯЦИИ, ОТТОРЖЕНИЯ КАК ФАКТОРЫ КОНСТИТУЦИОННОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ

канд. юрид. наук, доц. А.Н. ПУГАЧЁВ  
(Полоцкий государственный университет)

*В контексте проблемы конституционного плюрализма рассматриваются вопросы преемственности, заимствования и отторжения в процессе разработки основного закона. Изучается зарубежный и белорусский опыт, имевший место в конституционной модернизации. Происхождение конституции в зависимости от указанных факторов характеризуется как оригинальное либо заимствованное. Основной акцент делается на английской и французской политической традиции, заложивших основы соответствующих конституционных моделей. Конституционная история Беларуси современного периода рассмотрена в ракурсе влияния государственно-правовых институтов Франции, Германии, США и бывшей БССР. На основе изучения трудов компаративистов выявлены наиболее встречающиеся ошибки в освоении зарубежных правовых реальностей. Дается критический анализ Основного Закона Беларуси с позиций теории и практики конституционного заимствования.*

**Введение.** В идеале конституция должна знаменовать правовую устойчивость и преемственность, отражать в себе мировоззренческие начала конкретного общества, учитывать весь спектр и влияние политических, экономических, социальных, идеологических, географических, исторических, культурных факторов. Уже в эпоху Просвещения закрытость, отвержение и критицизм уступают место сближению, гармонизации, унификации. Новые конституционные идеи пустили корни во многих правовых системах, признание верховенства права и концепции прав человека становится принципиальным общепризнанным императивом. В результате национально-государственные различия в праве стираются, конституции разных стран все больше становятся похожими друг на друга.

Существующее конституционное многообразие являет собой взаимопроникновение элементов тех или иных правовых систем. «Конституционный плюрализм» в настоящее время – сложный и многогранный феномен, ученым надлежит изучать и оценивать его объективно, тщательно, как в интересах обеспечения самобытно-национального, так и универсально-интегративного в общеисторическом процессе государственно-правового развития. Поэтому впору вести речь о таких явлениях как преемственность, заимствования и компиляции в конституционном процессе. Но откуда взялась эта традиция?

**Основная часть.** По сути, речь идет об истоках сравнительного правоведения, и начиналось оно как раз таки в государственно-правовой сфере на доктринальном уровне. Те отдаленные времена оставили после себя разрозненные свидетельства, но общая картина понятна – речь идет об античной юриспруденции. Общим местом в истории науки является утверждение о том, что правовые учения Древнего Рима имели много общего с философско-правовыми учениями античной Греции. (Да что там говорить, если римляне даже не удосужились создать свой пантеон богов, заимствовав все у греков только под другими именами). Как пишет Н.А. Петровский [1, с. 23], сходство политической мысли греков и римлян определяется не только тем, что идеологические концепции в этих странах формировались на основе однотипных социально-экономических отношений, но и глубокой преемственностью в развитии их культуры. Древний Рим, долгое время остававшийся на периферии античного мира, вынужден был подтягиваться до уровня передовых полисов Греции, перенимать ее культуру. Завоевание Римом греческих полисов положило начало эллинизации римского общества, т.е. широкому распространению греческой культуры и науки среди римлян. Можно вспомнить, что на греческом было принято изъясняться в элитарной среде Рима, латиняне всегда смотрели на греков как на своих учителей и предшественников. В эпоху империи эти процессы переплетаются, многое привносится из восточных культурных традиций (см. подробно у О. Шпенглера [2, с. 55–87]).

Непосредственно правовые учения в Древнем Риме, продолжает Н.А. Петровский [1, с. 24], формировались на основе философско-правовых направлений, которые были перенесены из Греции. В своих правовых концепциях римские мыслители обычно воспроизводили именно греческие учения (Аристотеля, Платона, Зенона, Хрисиппа, Ликофрона, Антифонта, Горгия, Демокрита, Протагора, Гераклита), изменяя и приспособляя их применительно к римским условиям. При разработке собственных правовых институтов римские юристы опирались на заимствованные из греческих источников представления о соотношении закона и справедливости, о естественном праве и политической справедливости, о несовершенстве закона и недостаточности правового регулирования.

О том, что самые ранние сравнительно-правовые исследования были обнаружены в Древней Греции, убедительно доказывают К. Цвайгерт и Х. Кетц [3, с. 77]. Правда, немецкие авторы акцентируют внимание на истории права в сравнительном контексте как истории становления правовых институтов. Так вот, дошедшие до нас исследования связаны с особым интересом древнегреческих мыслителей к формам политико-правового устройства античного государства.

В своих «Законах» [4] Платон сравнивает законы различных греческих полисов и на основании этого предлагает конструкцию идеального государства, в котором действуют подходящие, с его точки зрения, для такого государства законы из числа им рассмотренных. В основе «Политики» [5] Аристотеля – 153 исследования о конституциях древнегреческих государств; сохранилось, правда, лишь исследование о конституции Афин. Эта работа, философская по своему характеру, зиждется на сравнительно-правовом фундаменте. Сравнения обнаружены в дошедших до нас фрагментах сочинения Теофраста «О законах» (см. [6]): судя по тексту, научный подход Теофраста к исследованию весьма современен. Он выявляет общие принципы, лежащие в основе правопорядков различных греческих полисов, и противопоставляет им отклоняющиеся от них нормы, сгруппировав их в особый раздел. По мнению А.Х. Саидова [7, с. 21], древнегреческие законы Солона и Ликурга составлены с использованием сравнительных данных.

В то же время отмечается [3, с. 78], что римское право не дает примеров сравнительно-правовых исследований. Для римских юристов превосходство их права и государственного устройства – как позже для английских юристов – было столь очевидным, что право других народов они оценивали очень низко. Цицерон называл их право в противоположность римскому «путаным и почти смехотворным». Случайные ссылки на иностранные правовые нормы следует считать не более чем поздним историческим украшательством или предметом теоретических насмешек. Даже Геренний Модестин, ученик великого Ульпиана, «удостоился» нелестных слов, т.к. он «чаще своих предшественников писал по-гречески, суждения его [поэтому] менее самостоятельны, анализ довольно поверхностен» [8, с. 59]. Лишь в IV веке юристы послеклассического периода пытаются доказать схожесть библейских и римских законов, что обусловлено приданием христианству статуса государственной официальной религии.

В Средние века доминирование католического и римского права не способствовало распространению сравнительно-правовых идей, а перенос элементов обычного права от одного народа к другому практически невозможен в силу объективных и естественных причин. Кроме того, «царившее в то время представление о навязывании завоеванной территории собственного права по праву сильного» [3, с. 78] препятствовало развитию сравнительного правоведения, и соответственно – практике позитивного заимствования государственно-правовых форм. Преимущественно все происходило в ином духе: «В Средние века раздробленность обществ делала неизбежным соприкосновение и даже столкновение юридических правил королевств, княжеств, герцогств, земель. Побеждало право завоевателя», – заключает Ю. А. Тихомиров [9, с. 20]. В период позднего Средневековья и наступления Ренессанса многое изменилось. Основные черты юриспруденции той эпохи Г.В. Дербина видит в «мощном влиянии общей культуры Ренессанса; рецепции римского права; кодификации права на основе новой концепции гуманистической школы права» [10, с. 111]. Все это нашло отражение в Статутах ВКЛ, особенно – Статуте 1588 года, поскольку «у гэтым заканадаўчым акце адлюстраваліся дзяржаўна-прававыя ідэі таго часу і нават тэа, што апярэджвалі час [...]. Сістэма Статута была складзена так разумна, што ў яе былі ўключаны нормы дзяржаўнага (канстытуцыйнага) права, чаго ў той час не было ні ў адной еўрапейскай дзяржаве...» [11, с. 172]. Идея верховенства права и, соответственно, ограничения власти – это уже не Средневековье, но дыхание нового времени.

В разрезе нашего исследования отметим тот очевидный факт, что положения Статута 1588 года были использованы в качестве образцов механизмов правового заимствования другими государствами и сообществами: «Статут ВКЛ 1588 года выкарыстоўваўся пры кадыфікацыі ў канцы XVI ст. прускага права, складанні Саборнага ўлажэння 1649 года ў Расіі. У заканадаўстве і судах Польшчы, Латвіі, Эстоніі ён ужываўся як дадатковая крыніца права. Статут 1588-га, пераважна ў рэдакцыі 1614 года, быў галоўным пісьмовым зводам дзеючага права на Украіне (у Кіеўскай, Падольскай і Валынскай губернях дзейнічаў да 1840 года). У XVII–XIX ст.ст. перекладзены на рускую, украінскую, нямецкую, французскую, лацінскую мовы» [12, с. 12]. Да что говорить, если по сей день в Сорбонне на юридическом факультете читается спецкурс по Статутам ВКЛ!

Век Разума и Эпоха Просвещения сплотили Европу в духовно-интеллектуальном плане. Изучать право других стран, народов и времен при помощи сравнительного метода становится модным, популярным и прогрессивным занятием. Френсис Бэкон в своей работе «О достоинстве и приумножении наук» (1623) пишет о том, что «юристы же, подчиняясь требованиям законов своей страны, а также римского или канонического права, не могут высказать независимого, свободного мнения, а говорят так, как будто они закованы в кандалы. [...] Подлинное изучение доступно только политическим деятелям, которые

прекрасно знают [...] нравы различных народов, различные формы государства...» [13, с. 484]. Этот великий ум был совершенно прав, когда говорил о том, что собственное (национальное) право не может служить критерием оценки себя самого.

Французы ведут сравнительное право от Ш.-Л. Монтескье, который «в своем труде «*О духе законов*», как известно, прибег к сопоставлению различных правовых систем и строил свое понимание права на предложениях относительно причин различий между этими системами» [7, с. 22]. Например, Книга XXIX этого произведения так и называется: «*О способе составления законов*», и Глава XI учит, «*каким образом можно сравнивать два различных закона*» [14, с. 496], а Глава XVIII повествует об «*Идеях единообразия*» в правотворчестве и возможных пагубных последствиях такого подхода. Очень часто Монтескье анализирует и сопоставляет государственные системы прошлого и настоящего, предупреждает о «бездумных заимствованиях» при определении формы государства. Работы Монтескье, Бэкона, впрочем как и Струве, Стрика, Лейбница, Гроция, Пуффендорфа, Фонтескью, Гегеля, Токвиля можно смело считать «Введением» либо «Основами» теории сравнительно-правового метода, помогающему приблизиться к проблеме заимствований и отторжений в конституционно-правовой сфере.

Использование терминологического оборота «конституционное заимствование» имеет самое широкое значение: будь то восприятие позитивной зарубежной модели либо принципиальное отторжение негативных вариантов; полностью «скопированные» положения или кардинально видоизмененные; научно обоснованные и невероятно искаженные; грамотно переведенные тексты и скомпонованные на «скорую руку». В идеальном варианте речь должна идти «не о некоей механической “операции”, а о творческом подходе и учете при этом исторических, национальных, экономических, политических и других условий и особенностей той или иной страны. Только при таком подходе можно рассчитывать на то, что вновь вводимые или переносимые из других правовых систем институты, нормы и принципы будут не только формально значиться в структуре новой правовой системы, но и эффективно осуществляться», – умозаключает М.Н. Марченко [15, с. 9]. Многовековой опыт показывает, что наряду с подавляющим большинством положительных примеров есть немало спорных и очевидно отрицательных случаев заимствования. Примеров в мировой конституционной практике на все случаи жизни предостаточно, поэтому целесообразно учитывать любые формы *конституционного влияния* в самых разных смыслах.

В этой связи Ким Лейн Шеппели [16, с. 77] обращает внимание на характерные особенности «конституционного заимствования»: разрешение на него обычно не испрашивается и не дается: как правило, отсутствует формальная ссылка на источник заимствования; оно берется навсегда, а не на время, т.е. к нему не относятся как к чьей-либо собственности; его не стремятся вернуть ни в улучшенном, ни в прежнем состоянии; могут развивать, игнорировать или «ставить с ног на голову» и все равно считать заимствованием; и уж, конечно, конституционное заимствование не подразумевает, что «страна-заемщик» тем или иным образом попадает в зависимость от страны-источника заимствования, да их бы никогда и не было, будь это действительно так. С учетом вышесказанного покажем экзотический, классический и белорусский путь проб и ошибок, ведь «опыт конституционного развития различных стран взаимно обогащает народы» [17, с. 7], а поэтому исследованию подлежат самые разные образцы.

Достаточно анекдотичная ситуация складывалась со многими конституциями государств, возникших на политической карте мира в 50 – 60 гг. XX в. на обломках колониальных империй. Как отмечает М.Ф. Чудаков [18, с. 35], в написании конституций постколониальных государств часто принимали участие выдающиеся специалисты. В некоторых странах государство – метрополия вместе с актом о независимости одновременно предоставляла бывшей колонии конституцию как одно из условий независимости. Предполагалось, что по такой конституции бывшая колония будет жить какой-то определенный период времени, достаточный для того, чтобы сохранить стабильность в стране и преемственность государственных традиций, выгодных бывшей метрополии (например, конституцией, написанной для бывшей колонии бывшей метрополией – Великобританией, была Конституция Зимбабве).

Поскольку конституция, повествует далее автор [18, с. 41], один из атрибутов суверенитета и к моменту независимости она должна быть, то где же её взять, если в стране, которая много лет была колонией, просто нет людей с высшим юридическим образованием? Как рассказывал М.Ф. Чудакову бывший декан юридического факультета БГУ В.А. Дорогин, ему пришлось по заданию ООН в начале 60-х годов в группе других иностранцев-специалистов принимать участие в создании конституции для будущей Республики Конго (Браззавиль). За два месяца группа, в которую входили французы, немцы и другие европейские специалисты-государствоведы, написала конституцию. Это была «стандартная» конституция для некоей «стандартной» страны. Она просуществовала недолго, но иного способа получить конституцию тогда не было.

Автору этих материалов в своё время увлекательно рассказывал о длительной командировке в Африку известный московский юрист – профессор О.В. Мартышин. Его, владеющего несколькими

языками бывших метрополий, отправили в бывшие колонии для написания аж нескольких конституций, с чем он прекрасно справился. Создаваемые таким образом конституции были грамотными юридическими документами, однако в большинстве случаев их участь оказалась плачевной. Перевороты и революции, гражданские войны и экономическая разруха, племенные обычаи и поголовная неграмотность населения либо сразу выявляли формальность конституции, либо приводили к скорейшему принятию «лучших» от имени новых правителей. Это говорит о том, что «успех импорта права определяется факторами, которые не зависят от воли «импортеров», такими, как экономическое процветание и масштабное переобучение юридического сообщества», считает Кэтрин Дюпре [19, с. 170].

А еще раньше, в XIX веке, А. де Токвиль уподобил законодателя (в нашем случае, можно предположить, – учредителя конституции) «капитану, пересекающему моря. Он может управлять своим кораблем, но не может изменить его конституцию, не может вызвать ветер или помешать океану катить свои волны...» [20, с. 186]. Все эти элементы, подчеркивает А. Шайо [21, с. 21], мы можем назвать духом народа, духом нации, справедливостью или хорошим обычаем, но без них писаная конституция остается мертвой буквой. Иными словами, право и содержащийся в праве конституционализм не могут заменить собой прочие элементы, цементирующие общество. К бывшим колониям это имеет прямое отношение.

Обрушившийся на неподготовленный социум вал проблем, которые теперь уже предстоит решать самостоятельно, привел к подрыву и разрушению традиционных связей и авторитетов, к утрате ориентации, что породило страх, а за ним – депрессию и агрессию одновременно. Это объясняет, почему так тяжело внедрить либеральную демократию там, где никогда не было продолжительного и непрерывного развития ее духовных и экономических предпосылок. Христиан Г. фон Кроков [22, с. 445] как усугубляющее обстоятельство отмечает тот факт, что политические границы были «нарезаны» без учета племенных ареалов проживания, в то время как традиционная принадлежность к тому или иному племени все еще остается главной приметой идентичности. В такой ситуации не до конституции, власть стремительно перерастает и распадается в клочки племенных диктатур. Эти новоявленные «элиты», отвергая право, с куда большей охотой заимствуют современные военные технологии и методы ведения войны. Тем не менее у всех этих стран формально существуют конституции, и никто не собирается их отменять.

По сути, мы имеем дело с наиболее фундаментальными различиями, которые отделяют право европейских стран от права неевропейских стран, формально принадлежащих к этой системе. Рене Давид [23, с. 22] одну из серьезных причин различия видит в том, что европейские страны в наше время полностью обновили идеологию, господствовавшую после Французской революции. Здесь на первом плане ныне оказались заботы о социальном равенстве и экономическом развитии, которыми в ту пору можно было пренебречь. Подобного изменения не произошло (или оно было не слишком знаменательным) в странах Латинской Америки и Африки, где не преодолены очевидные социальные несправедливости и экономические трудности. На Западе вовремя не поняли, что институты, которые управляют жизнью общества в Европе, полностью непригодны в странах, состоящих из разрозненных племен, для которых демократия европейского типа равнозначна лишенной смысла фразеологии. (О «колониальных инициативах Запада» [24, с. 13] и их последствиях прекрасно написал Норбер Рулан).

Примитивное качество самостоятельной правотворческой деятельности бывших колоний очевидно для всех, и во многом это объясняется тем, что право как таковое там никогда не было и не будет доминирующей нормативной системой социального регулирования. Известные немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц [3, с. 30] отмечают, что крайне необходимо проверять не только то обстоятельство, оправдало ли себя на практике в своей стране иностранное нововведение, признанное оптимальным, но и его приемлемость для правовой системы данной страны. Может оказаться, что разработанные и применяемые в какой-либо стране решения не могут быть перенесены в собственную правовую систему по крайней мере в неизменном виде, так как в ней иная система судопроизводства, на власти возложено выполнение других задач, разные модели управления хозяйством или же по каким-либо особым соображениям социальная среда, в которой должен функционировать заимствованный за рубежом институт, кардинально отличается от иностранной. Да-да, именно она – та самая «цивилизационная среда», которая не может возникнуть лишь по факту учреждения конституции.

Затронутая тема имеет отношение не только к историческим эпизодам африканского «пошиба». Проблема того, какой именно (и чей) материал кладётся в основу разработки конституции, никогда не утрачивала своей актуальности. Например, К.В. Арановский [25, с. 140] полагает вопрос о происхождении конституции достаточно важным при соответствующей классификации, в связи с чем делит их на *оригинальные* и *заимствованные*. В своей монографии он [26, с. 393] доказывает, что это – распространённый путь продвижения конституционного права, а суть его рассуждений такова.

Страны с оригинальными конституциями имеют собственную версию конституционного права и основательную конституционную историю, они прошли естественную эволюцию, выразив себя в по-

строении конституционного правопорядка, а заимствования имели значение усовершенствований или реконструкции, но не пересмотра государственно-правового уклада в самом его существе.

Относительно Европы говорится, что оригинальные конституции обязаны своим появлением тому, что в их создании западные общества в сходных условиях, под влиянием протестантского христианства, вместе с развитием капитализма, враждая и сотрудничая, с опережением или отставанием, по отдельности или вместе, последовательно или противоречиво, но закономерно для себя дошли до конституционного строя. И отказ от оригинальной конституции невозможен без того, чтобы не изменилось национальное «Я» её обладателя с распадом её культуры и психического уклада в самих его основах. Оригинальными, с допустимыми оговорками, К.В. Арановский считает конституции Соединённого Королевства, Франции, Германии, Нидерландов, Швейцарии, других стран Европы, населённых немцами, французами, фламандцами, Скандинавии и США. «Мало каким странам, – замечает Ф.-А. фон Хайек, – повезло иметь сильную конституционную традицию. За пределами англоязычного мира это, пожалуй, только Северная Европа и Швейцария» [27, с. 429]. Речь, безусловно, идет о странах с так называемым конституционным духом, что позволяет конституции работать и там, где некоторые из ее положений не зафиксированы в явной форме, и даже там, где конституция не записана вообще (Англия, Израиль, Новая Зеландия).

В других странах их собственное развитие не привело к образованию конституции, и в силу разных обстоятельств там довелось изменять государственность или создавать её, привлекая конституционный материал. Некоторые «обзавелись» конституцией вследствие переноса обширных элементов западной культуры вместе с её носителем за пределы первоначально занятого ею пространства. После политического обособления таких стран сложившийся там правовой уклад уже содержал готовое конституционное право или исходные его предпосылки. Так, канадский и австралийский конституционализм сложились с перемещением носителей английской культуры на пространства, ныне занятые названными государствами. В ряде стран (Индия, ЮАР), испытавших давление западной цивилизации на их «отсталый» политико-правовой уклад, конституционные заимствования пришли через общение с государствами – обладателями конституционной традиции.

Следует признать, что конституционный строй многих государств (США, Канада, Австралия, Израиль, Новая Зеландия, Индия), «привитый» Британской империей, показал свою жизнеспособность и эффективность. В таком случае говорят: «Есть конституции, которые вовсе не рождаются – они просто существуют, такие как британская, израильская и новозеландская» [21, с. 24]. И дело здесь не только в прямом заимствовании государственно-юридических форм, подражании традиционным английским институтам, уважительном отношении к бывшей метрополии. Когда британцы управляли некоей страной, они, как правило, стремились привить – или хотя бы передать – ей определенные черты собственного общества. По мнению Ниала Фергюсона [28, с. 29], к наиболее важным из них следует отнести: 1. Английский язык. 2. Английские формы землевладения. 3. Шотландское и английское банковское дело. 4. Общее право. 5. Протестантизм. 6. Командные виды спорта. 7. Минимальное участие государства (взгляд на государство как на «ночного сторожа»). 8. Собрание представителей. 9. Идея свободы (последний пункт, возможно, главный).

Как показало развитие событий, по мере того как колонизированное общество в достаточной мере воспринимало институты, привнесенные британцами, последним становилось очень трудно запретить ту политическую свободу, которой сами они придавали такое большое значение. Британский империализм не был безупречным, но метрополия оставила миру в наследство не только расизм, расовую дискриминацию, ксенофобию, но также капитализм как оптимальную систему экономической организации, устойчивое влияние протестантской версии христианства, верховенство права, парламентские институты, независимое правосудие, идеалы политической свободы и морального достоинства человека, примеры некоррупцированной бюрократии. Была ли такая империя благом или злом? Представляется, в «балансовом отчете» достижений много больше – как и в случае с великой Римской Империей. Английский конституционализм оказался чрезвычайно живуч, он как никакой другой поспособствовал современной правовой модернизации.

В XIX веке, знаменательном массовым появлением государств нового типа (конкурентная экономика, верховенство закона, роль парламента, формирование наций и т.п.), в большинстве стран конституция просто не успела создать глубоко укорененную собственную традицию (самый яркий пример – Латинская Америка). Они не имели «даже отдаленного представления о выработанном европейскими народами идеале правового государства, заимствуя из Европы ее демократические институты, не располагая подразумеваемым и необходимым для их осуществления культурным фундаментом, ценностями и убеждениями» [27, с. 430]. Далее Ф.-А. фон Хайек, автор приведенной цитаты, делает очень важный вывод о том, что если в развитых демократиях фундамент неписаных традиций и убеждений долгое вре-

мя удерживает большинство от злоупотреблений властью, то в странах, заимствующих демократию, большая часть этих неявно присутствующих в культурной атмосфере старых демократий элементов должна стать явными государственными установлениями. То, что такие заимствования до сих пор в большинстве случаев кончились неудачей, не означает, что концепция демократии вообще неприменима. Это означает лишь, что институты, какое-то время сносно работавшие на Западе, подразумевают целый ряд принимавшихся по умолчанию принципов, которые должны превратиться в статьи конституции там, где подобное умолчание не работает.

Наивно полагать, что европейские формы демократии должны работать повсюду; исторический опыт показывает, что они очень часто не работают – Беларусь здесь не исключение. «Демократический институциональный дизайн (institutionelles Design), – подчеркивает Ежи Мачкув, – не может создать демократию по велению волшебной палочки, в особенности там, где нет западного гражданского общества» [29, с. 3]. С нашей точки зрения, имеются все основания задаться вопросом не только о том, как явно привнести эти принципы и концепции в конституцию, но и как обратить их правовыми реальностями конституционной практики. В Беларуси задача осложняется тем, что на фундаментальном уровне в 1996 г. были отторгнуты либо искажены важнейшие принципы правового государства – разделение властей и верховенство закона. Государственная практика всех последующих лет лишь подтвердила неслучайность этих конституционных (?) трансформаций.

Учреждение политико-правовых институтов, характерных для западных демократий, способствовало формированию в постколониальных обществах прогрессивных установок, прежде всего – о правах и свободах личности. Именно конституционное право, отмечает М.В. Данилова, «оказалось одной из тех отраслей права, которых в первую очередь коснулась серьезная вестернизация: признание мировым сообществом, упрочение территориальной целостности и установление политической стабильности требовали от молодых независимых государств соблюдения основных провозглашенных западным правом принципов государственного устройства» [30, с. 113]. В.И. Крусс убежден, что «необходимую синхронизацию конституционных текстов и коммуникацию правовых систем обеспечивает только безоговорочная ценность прав и свобод человека» [31, с. 55]. Будучи качественно новой частью права, они повсеместно придают конституциям необходимую тональность. Поэтому при заимствовании значение имеет не формальный перенос тех или иных институтов, а признание общепризнанных целей, ценностей, принципов.

Особое мнение у современных юристов, относящих себя к ученым европейской школы, но, будучи неевропейцами по происхождению, высказывающих мысли иного порядка. Например, блестящий мыслитель Сурия Пракаш Синха пишет о том, что «неуниверсальность права должна поставить под вопрос обязательность существования права везде и всегда. Это должно заставить нас пересмотреть наш крестовый поход за установление правовых норм в таких, например, движениях, как движение за права человека в мире» [32, с. 282]. Отталкиваясь от признания «цивилизационного плюрализма» такую позицию понять можно, поскольку право и его институты действительно играли центральную роль в специфической исторической действительности Запада, в то время как в других обществах эта роль принадлежала другим принципам и социальным регуляторам. Для понимания механизма заимствования это имеет важное значение.

Можно сказать, что проблема конфликта ценностей при взаимодействии цивилизаций обозначилась, но не разрешилась. Эта данность, по мнению А.А. Арутюняна, подразумевает: «несмотря на то что мы всегда должны стремиться к улучшению наших институтов, мы никогда не должны намереваться переделать их целиком; в наших силах улучшить их; следует принимать как данность многое из того, что мы не понимаем. Мы всегда должны работать в рамках ценностей и институтов, которые мы не создали (курсив наш – А.П.). [...] ценностные системы разных цивилизаций в будущем станут сближаться по мере расширения поля общих проблем и нравственных норм» [33, с. 21–22]. Этот оптимистический и гуманный прогноз далек от реальности. События 2014 года в большей степени знаменуют не сближение, а раскол между цивилизационными этносами, западная модель конституционного государства проходит испытание на прочность не только в Азии, Африке и Латинской Америке, но и в самой Европе (агрессия против Украины со стороны России и неизбежная за этим международная изоляция последней). Написанная в 1993 г. по европейским лекалам Конституция Российской Федерации попросту не выдержала испытания временем. Сейчас там открылась политическая мода не столько на заимствования (в самом деле, не конституции же исламских государств брать за образцы), сколько на идеи, давно отпавшие от исторического процесса в нафталиновый утиль: «русский мир»; Третий Рим; нарочитый изоляционизм; патернализм; культ вождя; пропагандистский официоз; милитаризм; отрицание европейской системы правовых и моральных ценностей. Механизм разумного «заимствования» заменился механизмом «отторжения», о котором чуть ниже.

Заимствование различается не только способами доставки («перенос» и «давление»), но и составом полученного конституционного материала. На этом основании сплошному заимствованию следует противопоставить компиляционное (понимая его не в порицаемом значении). В первом случае страна-реципиент получает, по крайней мере, нормативные тексты из конституционного права отдельного «донора». В частности, текст французской Конституции 1958 г. почти буквально пытались воспроизвести в Кот д'Ивуар в 2000 г. Как установил А.Н. Медушевский [34, с. 119], исследователи усматривают влияние французской модели и в конституциях исламского мира, в частности, в Конституции Ирана. Важной самостоятельной проблемой является влияние Конституции 1958 г. на белорусскую Конституцию 1996 г. Отмечается [35, с. 92], что компоненты французской правовой системы были заимствованы даже англосаксонской семьей, а идеология французского права как одного из вариантов романизации национального права остается востребованной и по сей день. Конституцию США заимствовали, хотя и не копировали, при написании многих латиноамериканских конституций (например, в Бразилии в 1891 г.). В Новой Зеландии предпринято сплошное заимствование английской «некодифицированной» конституции. Нетрудно заметить, что направления заимствований сами по себе представляют политический выбор учредителей конституции, выражение их идеологических и иных предпочтений.

И здесь обратим внимание на очень важное обстоятельство, актуализированное Ким Лейн Шеппели. Смысл ее наработок [16, с. 77–93] можно представить следующим образом. Дело в том, что для получения адекватной картины «конституционного заимствования» необходимо принимать во внимание как использованные, так и отвергнутые положения. Причем второй вариант в определенном смысле может оказывать большее влияние на ход конституционного развития, чем позитивное заимствование конкретной институциональной схемы или конституционного положения. Более того, автор полагает, что проявление полного неприятия (отторжения) какой-либо альтернативы может оказывать огромное влияние на весь процесс конституционного строительства, и «это происходит потому, что архитекторы конституций зачастую в намного большей степени отдают себе отчет в том, что они не хотят использовать, чем в том, что они хотят, гораздо отчетливее представляя себе то, кем и чем они не являются, чем то, кто и что они есть на самом деле» [16, с. 78]. Таким образом, «конституционализм отвержения» в отличие от «конституционализма заимствования» относится к негативным моделям, занимающим значительное место в сознании творцов конституций, – он как бы обращен в прошлое.

Эта ментальная европейская традиция имеет давнее происхождение. Например, Л.Н. Гумилев убедительно доказал, что «в средние века люди воевали много и часто, но, как правило, они твердо знали не за что, а *против* чего они воюют. Отрицательная доминанта действовала эффективнее положительной» [36, с. 252]. В эпоху писаных конституций сложились совершенно новые политические, экономические и правовые условия, но вот сломать стереотипное мышление (область психологии социума) – значительно сложнее. Отрицательная доминанта в виде отвержений и отторжений проявляла себя неоднократно.

Какие здесь можно привести примеры? Очевидно, что в преамбуле послевоенного Основного Закона Германии (которая начинается со слов: «Осознавая ответственность перед Богом и человеком...») однозначно отвергается нацистское прошлое, «создателей германского Основного Закона ужасали фашизм и неуправляемость страной во времена Веймарской республики» [21, с. 13]. Весь политический диктат де Голля в 1958 г. был демонстративно направлен против парламентского бессилия IV Республики 1946 г. Посткоммунистическая Конституция Польши [37] отвергла американские системы федерализма и судебного контроля, хотя влияние США (во многом благодаря З. Бжезинскому) на формирование политической системы было огромным. В новой ЮАР решительно отказались от юридической системы, основанной на расизме и репрессиях (подробно см. у А.Н. Медушевского [34, с. 389]). По окончании Второй мировой войны американские оккупационные власти настаивали на том, чтобы недалекое прошлое Японии было подвергнуто решительному осуждению, но этого так не произошло.

В период образования США первый этап американского конституционализма (до принятия самой Конституции в 1787 году) был в значительной степени подвержен механизму отторжения, и особенно ярко это выразилось в Декларации независимости [38], где большинство страниц документа содержат обвинения, выдвинутые против английского короля. Именно поэтому институт королевской власти в США оказался невозможен: «Летом 1787 г. Америку облетел панический слух – в Филадельфии якобы намереваются восстановить монархию. Правда, пока шло обсуждение, из зала заседаний ничто не просачивалось. Однако в предназначенной для общественности информации участники переговоров постоянно подчеркивали, что “хотя нам ничего не известно о том, к какому решению придем, но мы знаем единственное чего не хотим: возвращения королевской тирании”» [21, с. 13]. Однако недовольство зрело не только против монарха (кстати, Георг III слыл безвольным и безобидным человеком, а многие указывали на его очевидные умственные проблемы), но факт остается фактом: «В целом около пятой части белого населения Британской Северной Америки во время войны хранило верность короне» [28, с. 149], но

и самой «колыбели» представительной демократии – Английскому Парламенту. По мнению А. Шайо, «тезис о всемогуществе Парламента, в который вскоре после его провозглашения Блэкстоуном уверовал и сам Парламент, спустя недолгое время оказался неприемлемым, по крайней мере, в глазах американских колонистов, у которых появились разногласия со своей родиной, в частности, из-за упорного нежелания Парламента пойти на самоограничение. Произвол английского Парламента (вкуче с королевским деспотизмом) нанес глубокую рану американским учредителям Конституции. Одним из основных стимулов в процессе разработки Конституции стало стремление ограничить это всемогущество» [21, с. 110]. Отсюда понятно, почему «отцы-основатели» так позаботились ограничить Конгресс США, включив его в систему «сдержек и противовесов», ими же и разработанную. А по поводу монарха... Еще в эпоху Дж. Вашингтона вслух говорили о том, что в Америке место Короля занял Президент республики, избираемый на короткий срок.

В конституционном законодательстве постсоциалистических и посттоталитарных государств прописано множество «норм-запретов даже в тексте Основного закона» [39, с. 13], особенно – в части регулирования политических отношений. Как полагает А. Шайо, «конституции [...] говорят о связанных с предыдущим строем и существовавших в нем страхах (см. также М.А. Краснова [40, с. 3] – *А.П.*), о том, как на основании знания этих страхов следовало бы пользоваться властью... Конституции, которые возникали после тирании однопартийных правительств, нашпиговали ненавистью ко всему, что связано с однопартийной системой и узурпацией власти» [21, с. 13, 15]. В настоящее время, судя по всему, враждебный образ Аль-Каиды, Талибана и исламского “государства” Халифат (2014 год) используют для возрождения концепции негативной модели (ранее была «холодная война» с СССР) и новой консолидации американской мощи.

При разработке Конституции Беларуси 1994 года принципиально отказались от парламентской формы правления, поскольку прокоммунистически-номенклатурный Верховный Совет заимствовал американскую президентскую модель, специально разрабатываемую под тогдашнего премьер-министра В.Ф. Кебича. Это не был «секрет полишенеля» для наблюдательных юристов, особенно – сторонних экспертов. Ежи Мачкув совершенно точен: «В итоге [1994 г. – *А.П.*] была создана Конституция, которая выполняет не столько функцию инструмента управления, сколько функцию инструмента сохранения власти» [29, с. 4]. В 1996 году и эта модель была отвергнута ввиду недостаточности президентских полномочий, а на вооружение был взят «супердеголлевский» вариант абсолютного доминирования Главы государства. Со всей очевидностью можно говорить о том, что отторжение играет немаловажную роль в разработке конституций и поддержании конституционных традиций. Но как здесь не вспомнить предостережение Ф. Ницше о том, что если ты вглядываешься в бездну, – не забывай, что и бездна вглядывается в тебя. «Конституционализм, – пишет А. Шайо, – не способен наполнить конкретными предписаниями конституцию и складывающуюся вокруг нее государственную практику, зато способен вызвать ненависть» [21, с. 24]. Однако вернемся к изучению опыта конституционного заимствования, поскольку он характеризует страну, нацию с точки зрения ее будущего, ее целей и надежд. В этой связи уместно говорить о «конституционных компиляциях».

Компиляционное заимствование предполагает получение материала из конституционного права нескольких стран. Если в XIX в. Япония следовала преимущественно Германии, то после Второй мировой войны её конституционные заимствования стали собирательными. В японском государственно-правовом укладе заметны не только качества европейских парламентских монархий, но и правоположения, отмеченные влиянием американского конституционализма. Конституционный контроль, например, построен не по европейской (централизованной) модели и не отнесён к ведению конституционного суда (трибунала, совета), но, подобно США возлагается на суд общей юрисдикции (Верховный Суд). Не следует забывать, что «писаная японская конституция, Конституция Японии 1946 года, не была заимствована (курсив наш. – *А.П.*), а скорее попросту введена оккупационными властями после Второй мировой войны» [41, с. 81]. Концепция конституционализма мучительно «прививалась» через осторожную практику Верховного Суда и изучение западных политических теорий, ментальное отвыкание от имперского милитаризма с одновременным освоением опыта западных демократий – прежде всего США и Франции. Но что касается сугубо проблемы выбора формы правления – здесь прекрасно прижилась Вестминстерская модель. Ги Лардейре отмечает [42, с. 27] роль личного фактора, когда генерал Макартур не уступил в 1945 году нажиму тех сил в США, которые желали бы видеть в Японии президентский режим, схожий с филиппинским. Учитывая наличие императора, он попросту осуществил кальку с неcodифицированной Конституции Британии. Последствиями стали политическая стабильность и эффективность деятельности правительства, что позволило Японии выйти на второе место в мировой экономике. А избиратели, между прочим, по-прежнему стабильно отдают на выборах голоса за консерваторов. На Ямайке, но уже сами англичане, проделали то же самое.

На многочисленных примерах можно убедиться, сколь нелегок выбор европейского вектора для стран иных цивилизационных сообществ. При заимствовании западных институтов нельзя пренебрегать культурным фактором самих стран-доноров. Профессор Л. Мулин [43, с. 319] показал, что протестантские общества коренным образом отличаются от обществ, где преобладает римско-католическая традиция. Духовная культура четырех романских стран – Испании, Португалии, Италии и Франции – существенно отличается от культуры шести англосаксонских стран, пяти скандинавских и шести германских, которые все вместе олицетворяют европейскую культуру. Как удалось той же Японии создать реальный конституционализм через переплетения всех этих элементов с сохранением собственной традиционной матрицы – не могут до сих пор понять сами японцы.

В Конституции Индии 1950 г. удивительным образом соединились конституционно-правовые традиции Великобритании с отдельными положениями конституций США, Ирландии, Канады, Австралии, СССР, Веймарской Республики в Германии, Японии и некоторых других стран. Но для этого пришлось стать самым большим по объёму Основным Законом в мире. Почему так произошло? Скорее всего, рожденный горьким опытом страх диктует необходимость подробных и пространных предписаний. «Индийская модель перехода к независимости и конституционной демократии – пример успешной реализации договорной стратегии», – замечает А.Н. Медушевский [34, с. 320]. А иначе и быть не могло, учитывая сложнейший межэтнический и межконфессиональный состав общества, укоренившуюся за предыдущие тысячелетия варно-кастовую социальную систему. Поэтому создателям Конституции Индии пришлось осуществить переход к новой политической реальности с максимальным сохранением сложившихся форм в контексте правовой преемственности. Опыт «самой великой демократии Азии» чрезвычайно актуален в сравнительной перспективе. Оказывается, постколониальный период возможен без авторитаризма и теократии, на основе демократии и реального конституционализма.

Как и в Германии, Японии, Индии в Испании 1978 года Конституция явилась результатом консенсуса всех основных политических сил, выражением договора между ними. Несмотря на то, что испанский Основной Закон предлагает вполне оригинальные решения, отражающие национальную и историческую специфику страны, здесь также решался вопрос о соотношении заимствований и национальной конституционной традиции. В литературе сделаны попытки реконструировать основные направления заимствований в испанской конституции. Отмечается [34, с. 181] наиболее существенное влияние ФРГ (в принципах социального государства и регламентации конституционного правосудия) и Италии (в ряде общих деклараций и концепции прав человека), а в некоторых отношениях – более близких по времени принятия конституций Португалии и Греции. Влияние французского публичного права, ранее достаточно сильное, представлено гораздо слабее, преобладают же немецкие и итальянские источники влияния.

Действующая Конституция Беларуси 1996 г. также не избежала компиляционного заимствования. Источником заимствования может быть названо конституционное право Франции (Президент и его отношения с Парламентом и Правительством, двухпалатная структура Национального собрания), государственное право ФРГ (конституционная юстиция, идея социального государства, отношение национального права к международному), политическая доктрина США (права и свободы человека). Но последние два компонента последовательно выхолащиваются. Сохранились в нынешнем тексте и элементы Основного Закона БССР 1978 г. (подробно расписанные социально-экономические права, свободы и гарантии граждан, централизованная система прокуратуры). Но если в одних случаях происхождение того или иного института хорошо различимо, то в других – нет такой определённости.

Например, избирательное право по мажоритарной системе свойственно для целого ряда европейских государств. В то же время очень многие характерные для европейских конституций институты не нашли отражения в Основном Законе Беларуси (независимое местное самоуправление, административная юстиция, омбудсмен, право судов напрямую обращаться в конституционный суд, конституционная жалоба). За истекший период можно сделать вполне определенные выводы о том, какие конституционные заимствования и компиляции прижились (воплотились на практике), а какие так и оказались невостребованными (народные законотворческие инициативы, местные референдумы, декреты в порядке делегированного законодательства, альтернативная воинская служба, толкование Конституции и многое другое). Это свидетельствует о том, что сложившаяся государственно-правовая традиция и белорусская Конституция – явления несколько разного порядка.

В своё время профессор Н.В. Сильченко [44, с. 18] категорично резюмировал, что действующее «квазиправо» Республики Беларусь представляет из себя смесь элементов (осколков) бывшей советской правовой системы и перенесенных на белорусскую почву элементов западноевропейского и американского права с почти полным отсутствием проявлений своего традиционного права. Такое состояние учёный рассматривает очевидным препятствием для нормального развития конституционного процесса. Компиляции и заимствования имели место и в 1994 г., однако несколькими годами ранее уже наша стра-

на выступила в качестве «донора». Как пишет М.Ф. Чудаков, после того как проект белорусской Конституции 3 декабря 1991 года был опубликован в печати, «появившийся вскоре проект Конституции Туркмении был очень похож на белорусский, а структура и отдельные главы совпадали почти полностью. Кстати, туркмены дискутировали по проекту недолго и вскоре почти без изменений его утвердили. Так что труды белорусских государствоведов были замечены и оценены по достоинству» [18, с. 257]. Правда, это не помешало Туркменбаши на основе такого «основного закона» установить тоталитарный режим.

Говоря о белорусском Основном Законе Редакции 1996 г., в нем без труда угадываются характерные черты популярной французской модели. Для многих постсоветских республик это является объективным фактором современной модернизации: «Именно поэтому многие авторитарные режимы используют в своих целях не только конституцию, но стремятся копировать и методы ее принятия, а также последующей легитимации» [34, с. 119]. Но это не всегда приводит к ожидаемым результатам, поскольку имитаторы обычно игнорируют факторы, которые необходимо учитывать при попытках рецепции французских институтов в иных условиях.

Голлистская модель, став узнаваемым ориентиром в условиях конституционной модернизации, определила заимствования в ряде государств наиболее значимых элементов смешанной (суперпрезидентской) формы правления. Однако конституционная модель Франции отнюдь не явилась гарантией от серьезных политических конфликтов (Россия, Украина, Беларусь). О каких же факторах идет речь? А.Н. Медушевский [34, с. 119] указывает следующие. *Во-первых*, во Франции в отличие от перечисленных стран существуют длительные традиции демократии, парламентаризма и политических партий; *во-вторых*, последующее развитие французского конституционализма имело в целом тенденцию к ослаблению президентской власти (разве такое скажешь о России и Беларуси? – А.П.); *в-третьих*, следует учитывать роль национального подъема, связанного не в последнюю очередь с личностью самого де Голля.

Применительно к Беларуси отметим и тот очевидный факт, что многие законодательные установления и конституционные практики были совершенно проигнорированы (самодостаточный парламент, снижение роли декретов, сильное правительство, независимое местное самоуправление, политическое значение конституционного контроля, роль административной юстиции). Получилось, что укрепляя президентскую власть, инициаторы нововведений в 1996 г. совершенно позабыли (?) о столь важном механизме государственной власти, как система сдержек и противовесов. Неслучайно в серьезных исследованиях отмечается, что «у Беларуси нет ничего общего с президентской формой правления, для которой характерен, помимо прочего, очень влиятельный парламент, называемый *legislature*» [29, с. 4]. Повторяя российский вариант 1993 г., мы наступили на те же грабли. О нашей восточной соседке пишут вот что: «Усовершенствование институтов V Французской республики в Веймарском духе в российской Конституции 1993 г. хотя и смягчает парламентскую анархию и дисциплинирует депутатов, приводит к сомнительной выгоде; здесь вырисовываются контуры импотентной президентской диктатуры» [21, с. 189]. В 2014 г. ее симптомы проявились международной изоляцией, экономическим кризисом и засасыванием в военные конфликты под шовинистическими и милитаристскими лозунгами.

Вот что важно. Ситуация 1958 года давно стала историей, а неограниченная власть Президента закончилась в 70-х годах. За прошедшие десятилетия Конституция Франции стала более сбалансированной, срок президентских полномочий сокращен, Конституционный Совет стал играть активную роль, практика издания декретов и ордонансов осталась в прошлом, и вообще «институциональные структуры после отставки де Голля постепенно втягивались в процесс модификации, приближаясь к общеевропейской норме» [45, с. 14]. Иными словами, в современной Франции мало что осталось от голлистской модели, так стоит ли жить вчерашним днем? Есть ли будущее у стран, где в лучших феодальных традициях судьба социума зависит от одного человека?

В настоящее время в деятельности по созданию конституционных учредительных норм важное значение имеют достижения правовой и политологической наук относительно структуры современного правового государства, системы его органов и их взаимосвязи друг с другом и населением, закономерностей функционирования и развития государственного управления, инструментальной ценности права. В европейской практике эта традиция складывается в начале XIX века под влиянием идей Французской Революции и британских политических институтов. Именно тогда в Испании (1812 г.) и Португалии (1820 г.) начинаются эксперименты с различными моделями политического устройства, отсюда начинается либеральное движение во всей Южной Европе.

Следует учитывать, что до эпохи Просвещения в науке и законодательной практике господствовали возражения против использования иностранных институтов в национальном праве только на том основании, что это регулирование «иноземное», а посему – неприемлемое. «Дух римского права» в его застывших средневековых формах был чрезвычайно силен, это «транснациональное право» служило основным источником регулирования в континентальных государствах. Ответом на возражения сторон-

ников «традиционалистского» права (прежде всего, представителей исторической школы) служит цитата Рудольфа фон Иеринга: «Вопрос о рецепции иностранных правовых институтов является вопросом не «национальной принадлежности», а простой целесообразности, необходимости. Никто не будет нести из далеких краев то, что у него самого имеется аналогичного или лучшего качества. Только неразумный будет отказываться от коры хинного дерева лишь на том основании, что оно выращено на чужом поле» [46, с. 30]. Остается добавить, что в Германии законодатель уже со второй половины XIX века использовал результаты обширных сравнительно-правовых исследований при разработке единого торгового права – сначала в Пруссии, позднее – в Германской империи. Это неудивительно, ведь частное право куда более подвижно и адаптируемо в период реформ, чем в государственно-политической сфере.

Проблема преемственности и заимствований была и есть чрезвычайно актуальной. Приблизительно в этот период (начало XIX в.) крупнейший юрист России М. Сперанский в своем исследовании «Руководство к познанию законов» [47] задался вопросом о том, каковы же объем и пределы влияния иностранного права, «мудро предостерегал» [48, с. 37] против обвального копирования чужого законодательства. Но заимствования были неизбежны, т.к. «конституционное право родилось не в России, да и представления о нем складывались под сильным воздействием европоцентристских представлений, [...] это – результат политической истории Запада. [например], Н.Н. Алексеев говорил о Кокошкине и Лазаревском, что это были “русские ученые, вышедшие из стен западных школ, и они перенесли без всяких особых размышлений и без всяких оговорок построенную на Западе теорию европейского государства на русскую почву”» [49, с. 4]. Впоследствии либеральные идеалы университетских профессоров были жестко отторгнуты государственной практикой.

Если всмотреться в более ранний период российской истории, то без труда обнаруживается значительное влияние Западной Европы на развитие права, отмечают исследователи [45, с. 8]. Так, при Алексее Михайловиче была предпринята попытка кодификации права, а Петр I многие законопроекты и правовые институты перенес на российскую почву из Швеции, приглашая специалистов в области права за неимением собственных. Императрица Екатерина II разработала проект правовой реформы (наказ), сложившийся под влиянием ведущих представителей французского Просвещения (Вольтера, д’Аламбера, Дидро), поощряла перевод на русский язык английских и немецких трактатов по вопросам права. Однако распространение влияния европейских идей в этой области не сопровождалось реальными конституционными изменениями, которые ограничили бы власть российских самодержцев.

В конце XVIII века политические элиты Речи Посполитой сделали ставку на принятие писаной конституции для максимального облегчения перехода от одной формы правления к другой. Конституция 3 мая 1791 года «была искренней попыткой обеспечить контролируруемую политическую трансформацию вместо насильственной смены режима» [45, с. 9]. Либеральный эксперимент не удался, но не по вине конституции как таковой. В ход истории вмешались внешние обстоятельства. Обеспокоенные принятием документа, консолидирующего нацию, Россия, Пруссия и Австрия посредством вооруженной агрессии уничтожили Речь Посполитую как государство. Мы же акцентируем внимание на том факте, что в содержательном отношении Конституция 3 мая восприняла большинство политических идей Америки и Франции, ее авторы были хорошо знакомы с принятыми там конституционными актами. Но в практическом плане это не дало ничего. Уроки прошлого актуальны и поныне.

Ни один современный законодатель, отмечает В.М. Сырых [50, с. 255], не может совершенствовать систему органов государства и их полномочия без учёта передового правотворческого опыта других стран и соответствующих норм международного права. Но это, подчёркивает учёный, только одна сторона дела, которая носит сугубо формальный характер, другая же – состоит в необходимости «привязать» научно обоснованные новеллы, выявленные закономерности современного политико-правового развития к конкретно-историческим условиям страны. Одна и та же мера, положительно зарекомендовавшая себя в одной стране, может приводить к прямо противоположным результатам в другой, если она заимствуется формально, без учёта необходимых особенностей.

Одним из первых эту проблему обозначил идеолог Французской Революции аббат Э.-Ж. Сийес в 1789 году, когда страна озаботилась принятием конституции. На тот момент практически все реформаторы склонялись к тому, чтобы заимствовать английскую политическую модель, но Э.-Ж. Сийес в своей работе «Что такое третье сословие?», не ставя под сомнение достоинства британской неписаной конституции, задал вопрос, а подойдет ли она Франции? Ему удалось убедительно доказать, что «Англия – единственная страна, которая может быть свободною без хорошей конституции. Этого соображения достаточно, чтобы отбить у нас охоту обезьянничать и побудить нас лучше сообразовываться с собственными нуждами и фактическими условиями» [51, с. 26]. Однако изобретение «французского велосипеда», вопреки оптимистическим ожиданиям, привело к катастрофическим последствиям.

Не обошлось и без заимствований, столь нелюбимых Э.-Ж. Сийесом. После того как Национальное собрание Декретами от 10-11 августа 1792 г. [52, с. 465] лишает короля доверенной ему власти и, опираясь на идею суверенитета народа, объявляет о необходимости «для общественного блага» сформировать как можно быстрее Национальный *конвент* (лат. CONVENTUS – собрание, сходка [53, с. 319]) – это ни что иное, как подражание Английскому конвенту 1689 г. и Филадельфийскому 1787 г., – наступил период так называемого республиканского правления, который длился с сентября 1792 по 1804 гг. (дата коронации Наполеона императором Франции). Все три конвента (жирондистский, якобинский и термидорианский) усугубляли политическую ситуацию в стране и уж конечно не имели ничего общего со своими английскими и американскими предшественниками. По инициативе Жана Антуана де Кондорсе (того самого гениального математика, погибшего в эпоху террора) французский Конвент с 1793 г. официально характеризовался как «революционный». (Даже гениальный В. Гюго признав террор, воспел Конвент. Произошло это в 1841 году в речи по случаю вступления во Французскую Академию: «Собрание, разбившее трон и спасшее страну [...], совершавшее неудачные попытки и чудесные деяния; Собрание, которое мы можем ненавидеть и проклинать, но которым должны восхищаться» [54, с. 196]. Гюго разделял позицию тех, кто полагал, что возмездие и очищение осуществляются и через ужасы человеческих жертв). Идея «революционных конвентов» была впоследствии воспринята практикой коммунистического террора в 1917 г. (революционные трибуналы, революционно-военные советы и т.п.), мало чем отличавшегося от французского. Но вернемся в наши дни.

Препарируя российскую действительность, В.М. Сырых в качестве иллюстрации обращается к опыту своей страны: «Голая эклектика, проявившаяся при подготовке проекта ныне действующей Конституции РФ, подготовленной посредством заимствований положений конституций Германии, США, Франции, но без учета правового и политического сознания населения России, материальных возможностей разорённой экономическим кризисом страны, отсутствия политических партий, способных формировать и вести за собой те или иные слои населения, оказалась во многом декларативной. [...] Действующая Конституция РФ фактически отстранила народ от политической жизни, [...] существенно ограничила право активного участия в делах законодательной и исполнительной ветвей власти, право выдвигать кандидатов в депутаты, обсуждать важнейшие законопроекты, участвовать в управлении делами организаций и учреждений...» [50, с. 256]. Такое «комбинированное» развитие породило гибридную форму, где «современный российский правящий слой [...] совмещает в себе феодально-коммунистические элементы старой номенклатуры с буржуазно-бюрократическими и технократическими элементами обществ переходных типов» [34, с. 234]. Прошло более 20-ти лет, но ситуация только ухудшилась.

Сказанное еще раз подтверждает истину, что «институты, с помощью которых западный мир пытался защитить личную свободу от настойчивых посягательств правительства, не работали, когда их переносили в страны, не знавшие подобных традиций...» [27, с. 73]. Прав и Н.В. Бондарь [55, с. 48], когда пишет о том, что в период радикальных (революционных) социальных преобразований в России в начале 1990-х годов конституционная формализация ценностных параметров институтов демократии носила ярко выраженный программно-целевой характер (а не наоборот, как это имеет место при эволюционном развитии общества, когда именно ценности, воздействуя на интересы, предопределяют социальные цели), поскольку новые ценности и новое соотношение (баланс) социальных ценностей еще не имеют сколько-нибудь значимого уровня отражения в общественном сознании, что могло бы рассматриваться в качестве действительной созидающей силы для конституирующей активности индивидов, социальных групп и общества в целом. Оно и понятно: ведь в своей основе они представляли в тот период результат механического переноса западных либеральных ценностей демократии на российскую почву. Но чтобы либеральные идеи современного конституционализма прижились в российской социокультурной среде, их надо перенести в эту среду со всеми их корнями – протестантской верой, позитивистской наукой, буржуазной этикой труда и т.д., но это, естественно, невозможно. Поэтому в сегодняшней действительности они воспринимаются лишь на интуитивном уровне правовой психологии (но не идеологии!) и «подпитываются», прежде всего, за счет ценностно-нормативной энергии, лишь формально деидеологизированной, но реально весьма либеральной (в том числе в плане правовой идеологии) Конституции РФ 1993 года как акта высшей юридической силы и прямого действия. Российский «печальный» опыт неединичный в таком качестве, многие постсоветские республики проходят приблизительно такой же путь.

В своем исследовании Ю. А. Тихомиров [9, с. 54], обобщая научно-познавательный опыт и аналитическую практику, выделяет пять наиболее встречающихся ошибок в освоении зарубежных правовых реальностей. *Во-первых*, допускается неправильный выбор объектов правового анализа и критериев их сравнения. *Во-вторых*, нередко не учитываются объективные условия и факторы, которые порождают те или иные правовые институты. *В-третьих*, нередко происходит прямое заимствование научных правовых концепций, которые не всегда адекватно могут быть отражены в национальном законодательстве.

*В-четвертых*, допускается неверное использование юридических конструкций, понятий и терминов. *В-пятых*, встречаются случаи прямого копирования правовых институтов и «переноса» готовых норм. Ссылаясь на эти разработки, российский автор А.Ю. Саломатин [56, с. 1024] обосновал 10-ти фазный механизм последовательности действий (алгоритмов) при осуществлении сравнительно-правовых исследований.

**Заключение.** Сказанное имеет отношение к белорусской Конституции. В тексте нашего Основного Закона оказалось очень много заимствований как неработающих конструкций: разделение властей; идеологический плюрализм; равная защита форм собственности; нейтралитет государства; запрет цензуры; недопустимость монополизации СМИ; местные референдумы; право на выбор работы (при существующей контрактной системе); делегированное законотворчество; законодательная инициатива народа; ответственность Правительства перед Парламентом; контроль за конституционностью нормативных актов; местное самоуправление и многое другое. Очевидно, что механизмы отторжения на практике важнейших демократических институтов нивелируют сущность и значение Основного Закона. Между формальной Конституцией и реальным положением вещей образовался приличный «зазор», что не может не вызывать тревогу. Дает знать о себе отсутствие в Беларуси устойчивых демократических традиций и опыта независимости при доминировании советских представлений о прошлом.

Поэтому права К. Дюпре [19, с. 170], обосновывающая тезис об отсутствии какого-либо «Большого скачка»: право не возникает из ничего, и не существует никакого чистого листа, на котором может возникнуть новое право, не связанное с прошлым. И в то же время вспоминаются слова Р. Давида к десятому французскому изданию своей книги *«Основные правовые системы современности»*: «Мир стал един. Мы не можем отгородиться от людей, которые живут в других государствах, других частях земного шара... необходимое международное взаимодействие или, во всяком случае, простое сосуществование требуют, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право» [23, с. 6]. Сближение и взаимодействие конституционных моделей отнюдь не означает потерю самобытности, особенностей каждой из них, однако ссылки на «особый путь» не могут оправдать такого состояния конституционной системы, когда оно не имеет ничего общего с европейскими юридическими стандартами, обеспечивающими нормальную жизнь социума.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Петровский, Н.А. Метод аналогии в теоретической юриспруденции / Н.А. Петровский. – Брест: Академия, 2004. – 144 с.
2. Шпенглер, О. Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Всемирно-исторические перспективы / пер. с нем. и примеч. И.И. Маханькова. – М.: Мысль, 1998. – 606 с.
3. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : 2-х т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Т. 1 : Основы. – 480 с.
4. Платон. Законы. Собрание сочинений в четырех томах / Платон ; под общ. ред.: А.Ф. Лосева и В.Ф. Асмуса ; пер. с древнегреч. – СПб. : С.-Петерб. ун-т; «Изд-во Олега Абышко», 2007. – Т. 3. Ч. 2. – С. 89–513.
5. Аристотель. Политика. Сочинения : 4 т. / Аристотель ; пер. с древнегреч. С. Жебелева. – М. : Мысль, 1983. – Т. 4. – С. 376–644.
6. Nager, H. Theophrastus Fieri Noncov = Теофраст. О законах / Н. Nager // Journal of Philology. – 1876. – № 6. – P. 1–27.
7. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / А.Х. Саидов ; под ред. В.А. Туманова. – М. : Юрист, 2002. – 448 с.
8. Дождев, Д.В. Римское частное право : учебник / Д.В. Дождев. – М., 1997. – 704 с.
9. Тихомиров, Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров. – М. : НОРМА, 1996. – 432 с.
10. Дзёрбіна, Г.В. Традыцы айчынага канстытуцыяналізму / Г.В. Дзёрбіна // Весн. Канстытуц. Суда Рэсп. Беларусь. – 2014. – № 1. – С. 109-118.
11. Юхо, Я. Кароткі нарыс гісторыі, дзяржавы і права Беларусі / Я. Юхо. – Мінск : Універсітэцкае, 1992. – 270 с.
12. Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 / пер. на бел. мову А.С. Шагун. – Мінск : Беларусь, 2005. – 207 с.
13. Бэкон, Ф. Сочинения : в 2 т. / Ф. Бэкон ; сост., общ. ред. и вступ. ст. А.Л. Субботина. – 2-е испр. и доп. изд. – М. : Мысль, 1977. – Т. 1. – 568 с.
14. Монтескье, Ш.Л. О духе законов / Ш.Л. Монтескье. – М. : Мысль, 1999. – 672 с.
15. Марченко, М.Н. Правовые системы современного мира : учеб. пособие. – М.: ИКД «Зеркало-М», 2001. – 400 с.

16. Шеппели, К.Л. Конституционализм заимствования и отвержения: изучение кроссконституционного влияния с помощью негативных моделей / Ким Лейн Шеппели // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 3 (52). – С. 93.
17. Киннер, А. Конституционное судопроизводство нуждается в унификации / А. Киннер // Рос. юстиция. – 1999. – № 8. – С. 18–20.
18. Чудаков, М.Ф. Конституционный процесс в Беларуси (1447–1996 гг.) : моногр. /М,Ф, Чудаков. – Минск : Аккад. упр. при Президенте Респ. Беларусь, 2004. – 327 с.
19. Халмаи, Г. Рецензия на Кэтрин Дюпре «Импорт права в переходный период посткоммунизма» (Hart Publishing, 2003) и «Конституция как инструмент перемен» под. ред. Эйвинда Смита (SNS Forlag, 2003) / Габор Халмаи // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 2 (51). – С. 167–171.
20. Токвиль, А. Демократия в Америке / А. де Токвиль ; пер. с франц. Гарольда Дж. Ласки. – М. : Прогресс, 1992. – 554 с.
21. Шайо, А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А. Шайо. – М. : Юристь, 1999. – 292 с.
22. Паліталёгія. Асноўны курс. – Мінск : Энцыклапедыкс, 2002. – 680 с.
23. Давид, Р., Жоффре-Спинози, К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М. : Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
24. Рулан, Н. Юридическая антропология : учебник для вузов / Н. Рулан ; пер. с франц. ; отв. ред.: академик РАН, докт. юрид. наук, проф. В.С. Нерсесянц. – М. : НОРМА, 2000. – 310 с.
25. Арановский, К.В. Государственное право зарубежных стран : учеб. пособие / К.В. Арановский. – М. : ИНФРА – М; ИД «ФОРУМ», 2000. – 488 с.
26. Арановский, К.В. Конституционная традиция в российской среде / К.В. Арановский. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 658 с.
27. Хайек, Ф.А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек ; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева ; под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2006. – 644 с.
28. Фергюсон, Н. Империя: чем современный мир обязан Британии / Н. Фергюсон ; пер. с англ. К. Бандуровского. – М. : Астрель: CORPUS, 2013. – 560 с.
29. Мачкув, Е. Демократия и авторитаризм в посткоммунистических трансформационных системах (на примере Чехии и Беларуси) / Е. Мачкув // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2003. – № 2 (43). – С. 2–7.
30. Данилова, Н. Особенности реализации французской модели конституционной юстиции в странах Азии и Африки / Н. Данилова // Сравнительное конституционное обозрение. – 2012. – № 2 (87). – С. 111–121.
31. Крусс, В.И. Конституционная компаративистика в системе юридического образования / В.И. Крусс // Сравнительное конституционное обозрение. – 2009. – № 6 (73). – С. 45–55.
32. Пракаш, С. Юриспруденция. Философия права / С. Пракаш. – М. : Академия, 1996. – 347 с.
33. Арутюнян, А.А. Конституционализм: проблемы постсоветской реальности: моногр. / А.А. Арутюнян. – М. : Норма, 2013. – 160 с.
34. Медушевский, А.Н. Теория конституционных циклов / А.Н. Медушевский. – М. : Изд. дом «ГУ ВШЭ», 2005. – 574 с.
35. Егоров, А.В. Введение в теорию сравнительного правоведения / А.В. Егоров. – Новополюцк : ПГУ, 2007. – 192 с.
36. Гумилев, Л.Н. Этногенез и биосфера Земли. Свод № 3. Междунар. альманах / Л.Н. Гумилев ; сост. Н.В. Гумилева; предисл., коммент., общ. ред., карты А.И. Куркчи. – М. : Танаис ДИ-ДИК, 1994. – 544 с.
37. Вашкевич, А. Основы конституционного права Республики Польша: пособие для студентов вузов / А. Вашкевич. – Минск : Тесей, 2007. – 488 с.
38. Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / сост. В.И. Лафитский ; под ред. и со вступ. ст. О.А. Жидкова ; пер. с англ. – М. : Прогресс, Универс, 1993 – 768 с.
39. Вашкевич, А.Е. Актуальные проблемы конституционного права Республики Беларусь и зарубежных стран : учеб. пособие / А.Е. Вашкевич. – Минск : Асоб. Дах, 2004. – 188 с.
40. Краснов, М.А. Конституционные страхи / М.А. Краснов // Конституц. и муницип. право. – 2014. – № 6. – С. 3–11.
41. Хасебе, Я. Конституционные заимствования и политическая теория / Я. Хасебе ; пер. с англ. Б. Туголукова // Сравнительное конституц. обозрение. – 2005. – № 4 (53). – С. 81–91.
42. Лардэйрэ, Г. Канстытуцыі і сістэмы выбараў: што кажа гістарычны вопыт / Гі Лардэйрэ ; пер. з фр. Ю. Барысевіча. – Мінск : Фонд Сораса-Беларусь, 1994. – 40 с.

43. Новак, М. Дух демократического капитализма / М. Новак ; пер. с англ. В.Г. Маргутика. – Минск : Лучи Софии, 1997. – 544 с.
44. Канстытуцыйнае права Рэспублікі Беларусь : навуч. дапаможнік / І.Р. Кузьмінч [і інш.] ; пад рэд. М.У. Сільчынкі. – Гродна : ВІТ, 1998. – 228 с.
45. Шеппели, К.Л. Российская Конституция в конституционной истории европы / Ким Лейн Шеппели // Сравнительное конституционное обозрение. – 2003. – №4 (45). – С. 7–17.
46. Иеринг, Р. Дух римского права на различных ступенях его развития / Перевод с 3-го исправленного немецкого издания. Ч. 1 / Р. Иеринг. – СПб. : Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. – 321 с.
47. Сперанский, М.М. О свойстве государственных коренных законов [Электронный ресурс] / М.М. Сперанский // План государственного преобразования (введение к Уложению гос. законов 1809 г.). – М., 1905. – Режим доступа: [http://constitution.garant.ru/DOC\\_40000.htm](http://constitution.garant.ru/DOC_40000.htm). – Дата доступа: 12.11.2014.
48. Тихомиров, Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика / Ю.А. Тихомиров. – М. : Формула права, 2008. – 400 с.
49. Гаджиев, Г.А. Инновационный путь развития конституционного права / Г.А. Гаджиев // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – № 5 (78). – С. 3–9.
50. Сырых, В.М. Логические обоснования общей теории права : в 3 т. / В.М. Сырых. – М. : РАП, 2007. – Т. 3 : Современное правопонимание. – 512 с.
51. Сийес, Э.-Ж. Что такое третье сословие? / Э.-Ж. Сийес // Аббат Сийес: От Бурбонов к Бонапарту / сост., пер., вступ. ст. М.Б. Певзнера. – СПб. : Алетейя, 2003. – 224 с.
52. Графский, В.Г. Всеобщая история права и государства : учеб. для вузов / В.Г. Графский. – М. : НОРМА, 2000. – 744 с.
53. Словарь иностранных слов. – М. : Гос. изд-во иностр. нац. словарей, 1949. – 808 с.
54. Эко, У. Сотвори себе врага. И другие тексты по случаю / У. Эко ; пер. с ит.: Я. Арьковой, М. Визеля, Е. Степанцовой. – М. : АСТ: CORPUS, 2014. – 352 с.
55. Бондарь, Н. Конституция – ценностно-правовая основа разрешения социальных противоречий: в контексте практики Конституционного Суда Российской Федерации / Н. Бондарь // Сравнительное конституц. обозрение. – 2008. – № 2. – С. 46–58.
56. Саломатин, А.Ю. Сравнительная правовая политика как новое направление юридической науки / А.Ю. Саломатин // Журн. зарубеж. законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. – Вып. 6 (№ 43). – С. 1022–1029.

Поступила 14.10.2014

#### ADOPTIONS, COMPILATIONS, REJECTIONS AS THE CONSTITUTIONAL MODERNIZATION FACTORS

A. PUGACHEV

*The questions of continuity, adoption and rejection in the main law drafting process in the constitutional pluralism problem aspect is seen here. The foreign and Belarusian experience which had been in constitutional modernization is studied in this article.*

*The Constitution origin depending on the above mentioned factors is characterized as original or adopted. English and French political traditions laid the foundation constitution models are focused here. The Belarusian constitution history of modern period is seen in the aspect of French, German, the USA and the former USSR state-legal institutions influence. The most common mistakes in assimilation of foreign law realities are introduced on the basis of comparatists works learning.*