

ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И ВЫЗОВЫ МЕНЯЮЩЕГОСЯ МИРА

Сборник научных статей

Санкт-Петербург

 *Астераион*

2016

ББК 67.021

УДК 340.1

Т 43

Рецензенты:

Шахматов Александр Владимирович (Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор;

Семашко Анна Геннадьевна (Москва), кандидат юридических наук, доцент

Работа выполнена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда (Основной конкурс РГНФ 2016 г. Грант № 16-03-14030г «Типы правопонимания и вызовы меняющегося мира»).

Типы правопонимания и вызовы меняющегося мира: Сборник научных статей по результатам Международной научно-практической конференции (Санкт-Петербург, Российский государственный педагогический университет им. А.И. Герцена, 23-24 сентября 2016 г.) / Сост. А.А. Дорская. – СПб.: Астерион, 2016. – 594 с.

ISBN 978-5-00045-384-1

Сборник статей представляет собой комплексное исследование типов правопонимания с точки зрения теории права, историко-правовых позиций, конституционного процесса и развития международного права. Рассмотрены особенности правопонимания в России, Азербайджанской Республике, Республике Армения, Республике Беларусь, Литовской Республике, Республике Таджикистан.

Для специалистов по теории и истории права и государства, конституционного права, международного права, студентов юридических факультетов, а также всех, кто интересуется тенденциями и дискуссионными вопросами современной юриспруденции.

ISBN 978-5-00045-384-1

© Коллектив авторов, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие		8
Раздел I. ОСМЫСЛЕНИЕ ТИПОВ ПРАВОПОНИМАНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА		10
1. <i>Сигалов К.Е.</i>	Правопонимание в контексте философского сознания	10
2. <i>Честнов И.Л.</i>	Культуральный тип правопонимания	18
3. <i>Лаптева Л.Е.</i>	Правовая идеология в России: трудности формирования	28
4. <i>Ромашов Р.А.</i>	Понимание права в России и на Западе: интеграция или конфронтация	38
5. <i>Аверьянова О.В.</i>	Многообразие понимания современных типов сущности права	51
6. <i>Бернацкий Г.Г.</i>	К вопросу о типологизации учений о праве	57
7. <i>Немытина М.В.</i>	Этатизм и социологизм в российской правовой культуре	63
8. <i>Глухарева Л.И.</i>	О правопонимании в измерении форм права (на примере сравнения индивидуального и государственного права)	72
9. <i>Варламова Н.В.</i>	Транснационализация правового регулирования в условиях глобализации и переосмысление теоретических представлений о праве	82
10. <i>Ковкель Н.Ф.</i>	Семиотическая концепция права в контексте постмодернистской парадигмы	93
11. <i>Ившина И.Н.</i>	Федерализация, федерализм и федерация в контексте различных типов правопонимания	103
12. <i>Рахманова Е.Н.</i>	О суверенитете государства в условиях глобализации	115
13. <i>Павлов В.И.</i>	Антропологический тип понимания права и его значение в преодолении методологического кризиса современной юриспруденции	118
14. <i>Беляев М.А.</i>	К вопросу об инструментальном аспекте правопонимания (на примере проблемы сверхрегулирования)	127

15.	<i>Абаканова В.А.</i>	Анализ существующих типов правовопонимания: практическая составляющая дискурса	138
16.	<i>Денисенко В.В.</i>	Юридификация общества с позиции современных типов правовопонимания	145
17.	<i>Крупеня Е.М.</i>	Право публичных статусов гражданина (статусное публичное право): интегративное понимание	150
18.	<i>Хорунжий С.Н.</i>	Правовопонимание баланса частных и публичных интересов в современной правовой среде	162
19.	<i>Василевич С.Г.</i>	Контроль и надзор как важнейшие факторы надлежащего правоприменения	168
20.	<i>Светлов А.И.</i>	Современные подходы к правовопониманию в отечественной и западной юриспруденции	173

Раздел II. ГЕНЕЗИС И РАЗВИТИЕ ТИПОВ ПРАВОВОПОНИМАНИЯ 179

1.	<i>Муромцев Г.И.</i>	О начальных стадиях генезиса правовопонимания	179
2.	<i>Тимошина Е.В.</i>	От «воли» законодателя к «воле» судьи: эволюция подходов к толкованию права в юридико-позитивистской традиции	186
3.	<i>Пашенцев Д.А.</i>	Плюрализм правовопонимания в современной историко-правовой науке	198
4.	<i>Черноков А.Э.</i>	Социологическая теория права: истоки и эволюция	205
5.	<i>Лапо П.В.</i>	Эволюция западноевропейских представлений о праве в Латино-Иерусалимском королевстве (1099-1291)	216
6.	<i>Азизов У.А.</i>	Историческая роль наказания в процессе правового регулирования общественных отношений	223
7.	<i>Калинина Е.Ю.</i>	Универсалистские и локальные тенденции правовопонимания в развитии государственности и права в рамках европейской цивилизации (на примере Испании)	232
8.	<i>Нижник Н.С.</i>	Российская полицеистика о двойственной природе права	238
9.	<i>Ильина Т.Н.</i>	Правоинтерпретационная функция Сената в	

	России во второй половине XIX – начале XX века	243
10. <i>Бочкарев С.В.</i>	Французское правопонимание во второй половине XIX века	250
11. <i>Игнатьева М.В.</i>	Типы правопонимания в научном наследии М.М. Ковалевского	254
12. <i>Зипунникова Н.Н.</i>	Образование и наука в государственно-правовом развитии России (о некоторых аспектах культурологической интерпретации)	258
13. <i>Ерёмина Т.И.</i>	Понятие «право государственной службы» в интерпретации российских правоведов XIX-начала XX вв.	268
14. <i>Кодан С.В.</i>	Документы РСДРП-ВКП(б)-КПСС в системе источников изучения социалистического правопонимания	275
15. <i>Поцелуев Е.Л.</i>	Возвращение естественного права в Германии после краха национал-социалистического режима	287
16. <i>Мальшева Н.И.</i>	К вопросу об актуальности юснатурализма в современных условиях	301
17. <i>Лебедь В.В.</i>	Ценностный подход к пониманию категорий авторского права	309
18. <i>Кузьмина О.В.</i>	Отраслевые и теоретико-правовые основы восстановительного правосудия по уголовным делам	317
19. <i>Константинов К.Б.</i>	Некоторые аспекты понимания содержания права на свободное использование произведения	329
20. <i>Козюк М.Н.</i>	Правопонимание и некоторые проблемы института медиации	334

Раздел III. ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРОЦЕСС 343

1. <i>Васильева Т.А.</i>	Итальянская конституционно-правовая доктрина в меняющемся мире: трактовка базовых концепций	343
2. <i>Чиркин В.Е.</i>	Наднациональное право – новое явление современности	351

3.	<i>Диноршоев А.М.</i>	Влияние правосознания на формирование прав человека	360
4.	<i>Нарутто С.В.</i>	Влияние конституционной юстиции на правопонимание	366
5.	<i>Мкртумян А.Ю.</i>	Социологическое правопонимание как основа изучения судебного прецедента	379
6.	<i>Ефремова Н.Н.</i>	Принципы и институты правосудия в контексте типологии правопонимания (на примере российской юстиции)	382
7.	<i>Кондратович Н.М., Масловская Т.С.</i>	Конституционные реформы как отражение вызовов современного мира	392
8.	<i>Васильев И.А.</i>	Подходы к пониманию образовательных кластеров: международный опыт	402
9.	<i>Киселева Т.М.</i>	Право на Интернет в современном мире: признание и отдельные проблемы реализации	407
10.	<i>Шадрина Е.Г.</i>	Влияние правовых позиций Конституционного Суда РФ на правопонимание и процесс правоприменения (на примере содержания под стражей)	415
11.	<i>Карпенко К.В.</i>	Особенности конституционного судебного толкования нормативных актов: опыт Франции и России	421
12.	<i>Зейналова Л.</i>	Конституционные права женщин в Азербайджане	433
13.	<i>Сативалдыев Р.Ш.</i>	Правосознание как фактор эффективности правовой политики Республики Таджикистан	448
14.	<i>Камолов И.И.</i>	Юридическая природа нормативных актов Президента Республики Таджикистан	458

**Раздел IV. РАЗВИТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
В УСЛОВИЯХ СТОЛКНОВЕНИЯ РАЗЛИЧНЫХ ТИПОВ
ПРАВОПОНИМАНИЯ** 466

1	<i>Орлова И.А.</i>	Концепт «нигилизм» в международном праве	466
2	<i>Сорокина Е.А.</i>	<i>Fides</i> как основа международно-правовых отношений Древнего Рима	474
3.	<i>Третьякова Е.С.</i>	Международное право XIX – начала XX вв. как этап становления международного права и его соотношение с национальным правом Российской империи	483

4.	<i>Петрова Е.Е.</i>	Религиозно-этическое направление науки международного права в России: Л.А. Камаровский	492
5.	<i>Григорьева О.Г.</i>	Развитие сотрудничества Союза ССР с зарубежными странами по гражданским делам	494
6.	<i>Баранов Н.А.</i>	Национальные ценности в правопонимании: евразийский тренд России	506
7.	<i>Талимончик В.П.</i>	Основные понятия международного информационного права	517
8.	<i>Василевич Г.А.</i>	Судебный прецедент в международном праве и единообразная судебная практика	529
9.	<i>Дорская А.А.</i>	Типы правопонимания и вызовы постсекулярного мира	541
10.	<i>Тюрина Н.Е.</i>	Квалификация некоторых юридических понятий международного торгового права	549
11.	<i>Матчанова З.Ш.</i>	Терроризм как глобальный вызов национальной и международной безопасности: правовые аспекты и противодействия	558
12.	<i>Алешина А.В., Косовская В.А.</i>	Институт наследования: подходы к пониманию правовой природы в различных правовых системах	566
13.	<i>Иванов К.И.</i>	Реинтеграционные и интеграционные процессы и их влияние на правосознание, правовую культуру и правопорядок в Литовской Республике	571
14.	<i>Алиев З.Г. оглы</i>	Основные особенности защиты прав женщин в контексте международного и национального права	580
Сведения об авторах			587

ПРЕДИСЛОВИЕ

Вопрос о типах правопонимания постоянно привлекает внимание исследователей, т.к. относится к числу фундаментальных, и в зависимости от ответа на него могут быть разные представления и об источниках права, и о толковании права, и о правоприменении и т.д. Дискуссии о том, что такое право продолжаются в течение многих веков, а восприятие права никогда не представляет собой копию юридической действительности. Вместе с тем, в меняющихся условиях право как сложное социальное явление проявляется различными сторонами, в разных аспектах, но при этом никогда не являет себя полностью (И.Л. Честнов).

Кроме общих проблем, существует некоторый внутригосударственный (национальный) «колорит». Так, например, к числу традиционных тем относится определённое противопоставление российского и западного типов правопонимания.

На современном этапе постоянно обсуждаются возможности сближения типов правопонимания и выработки интегративного подхода, на этом пути достигнуты серьёзные успехи. Однако появляются новые вызовы.

Так, конец XX - начало XXI вв. ознаменовался обострением противостояния правопонимания Востока и Запада, проявлениями которого являются и военные действия с религиозным подтекстом, и распространение идеологии терроризма. Сегодня наблюдается определённый кризис международного права, суть которого состоит в том, что часть акторов по-прежнему считает незыблемой сложившуюся систему принципов международного права, а другая - подменяет их институтами, которые складывались как экстраординарные, исключительные, чрезвычайные (ответственность по защите, гуманитарная интервенция и т.п.). Серьёзные изменения претерпевает конституционный процесс, т.к., с одной стороны, сегодня всё более усиливается влияние наднационального права международных организаций, а с другой - наблюдающийся в России в последние двадцать лет «законодательный бум» (Ю.А. Тихомиров), стремление придать законодательное оформление любым общественным отношениям приводят к тому, что право зачастую понимается как закон. Продолжаются поиски «идеальной» классификации типов правопонимания в рамках различных правовых школ и подходов (юснатурализм, исторический, этатистский, социологический, нормативистский, психологический, классовый, интегративный подходы).

Данный сборник представляет собой диалог теоретиков права, историков права, конституционалистов, юристов-международников и представителей различных отраслевых наук относительно понимания, восприятия права в новых условиях интеграции и регионализации, столкновений позиций однополярного

и многополярного мира, усиления религиозного фактора, массовой миграции населения, развития международных интеграционных образований и т.д.

Такие вопросы, как правопонимание Запада и Востока, особенности российского правопонимания, история политико-правовых учений как диалог различных типов правопонимания, плюрализм правопонимания в историко-правовой науке, правопонимание в условиях кризиса правовых ценностей, влияние на правопонимание интеграционных процессов, правопонимание в пост-секулярном мире, типы правопонимания и кризис международного права, правопонимание и конституционный процесс, ещё недостаточно разработаны в юридической литературе и требуют более пристального внимания.

Раздел I.

ОСМЫСЛЕНИЕ ТИПОВ ПРАВОПОНИМАНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

К.Е. Сигалов

Правопонимание в контексте философского сознания

Право, развиваясь во времени, смещает объект своего интереса, причем, порой, кардинально. В одно историческое время право скрупулёзно регулирует какую-либо сферу, но почти не трогает другую. С течением времени, интерес к этому аспекту ослабевает и даже исчезает, но появляется другая сфера отношений, которую право начинает столь же основательно регулировать. Тем не менее, философия, как бы к ней ни относились субъекты правоотношений, всегда обуславливала архитектонику права, его духовный контур и отношение с миром. Философия определяет смысл методологии правового знания. Как отмечал Д.А. Керимов, «философия является «душой» методологии, ее ядром, поскольку выступает не только в качестве всеобщего метода познания природы, общества и мышления, но и в качестве общетеоретической предпосылки любого исследования. Но помимо этого методология включает в себя и нефилософскую часть, в частности, общенаучные и частнонаучные категории (например, современные методы математического обеспечения исследований, кибернетические методы, технологические модели стратегических решений, информация, эффективность и т.д.), которые, не являясь философскими, тем не менее, имеют гносеологическое значение в познании зачастую ограниченных сфер бытия. Ограниченность нефилософских категорий не исключает, однако, того, что по мере своего обогащения и развития могут приближаться к такому высокому уровню общенаучности, который обретает методологическую универсальность или, по крайней мере, является предпосылкой формирования новых всеобщих методов познания»¹.

Исторические пути развития права порой совершенно непредсказуемы: как само право в целом, так и отдельные аспекты законодательства могут развиваться по сценариям, обусловленным сиюминутной политической конъюнктурой, экономической обстановкой, влиянием политических или религиозных лидеров и т.п. В ходе своего развития право как наиболее чуткий инструмент, улавливающий все новые тенденции, постоянно взаимодействует с окружающей средой и «сбрасывает» накопившийся балласт избыточной энтропии – «обломки» распавшихся структур, устаревшие «социальные отходы», могущие

¹Керимов Д.А. Общенаучная методология и методология права // Теоретико-методологические проблемы права. Выпуск 2. М.: Зерцало-М, 2007. С.9.

принести вред сформированному новому праву, нивелируя тем самым свое совершенство. Ритмы развития социума обладают собственной внутренней логикой, детерминированы многочисленными разновеликими и разнонаправленными основаниями. Реформы, в том числе и правовые, происходят с разной степенью эффективности, ибо могут совпадать по модусу общего развития с социумом, могут отставать, а могут и забегать вперед. В соответствии с этим правотворчество может иметь больший или меньший эффект, использовать все или только часть возможностей, которые были отведены тому или иному социуму.

В социальной действительности и действующем праве в настоящий момент складываются разнопорядковые тенденции и разнонаправленные векторы развития. С одной стороны, государство всячески усложняет правовое решение многих жизненных вопросов (оформление собственности, бизнеса, разного рода жалоб и т.п.). Государство, имея в руках инструментарий реализации права, принятия законов и издания подзаконных актов, старается употребить их в своих целях: наступления на права, свободы и привилегии граждан, ограничивая и узурпируя право владения и распоряжения собственностью, реально отстраняя гражданское общество от участия в управлении страной. Для этого право усложняется, законы становятся многочисленными, чрезмерно детализированными, порой противоречащие друг другу. К рядовому гражданину (чаще всего, неюристу), стремящемуся решить тот или иной вопрос в коридорах власти, предъявляются чрезмерные юридические требования, которые невозможно реально воспринять и переварить. С другой стороны, государство очень снисходительно к самому себе и своим институтам. Яркое подтверждение тому нашумевшие судебные процессы. Присутствующие на них отмечают крайне низкий уровень, демонстрируемый стороной государственного обвинения и суда, стремление упростить, примитивизировать и огрубить реальность дел, которые они разбирают. В то время, когда адвокаты демонстрируют, порой, высокий уровень подготовленности и понимания сути явлений. Граждане постепенно научаются у государства методике злоупотребления правом и начинают бороться с ним его же методами. Но справедливости ради следует отметить, что и государство иногда всё же пытается создать механизмы, упрощающие правовые механизмы управления экономикой и социальными процессами.

Пространство права есть столкновение, по меньшей мере, двух разнонаправленных тенденций. С одной стороны, усложнение структуры права может означать его совершенствование, с другой стороны, усложнение структуры права может означать злоупотребление им. С одной стороны, упрощение структуры может означать стремление гражданского общества и государства облегчить жизнь субъекту права, с другой стороны, подобное «облегчение» порой позволяет государству решать свои вопросы без «излишней» правовой и соци-

альной суеты, ориентируясь исключительно на властную составляющую и административный ресурс.

Как бы то ни было, но право именно абстракция, и каждая юридическая дисциплина «строит» свое «право», имеет свое представление о правовой науке, порой полагая, что только ее представление является истинным. Это в огромной степени обусловлено тем, что в реальности право невозможно отделить не только от других социальных норм, но и иных социокультурных феноменов, которые существовали до права, рядом с правом, которые обусловлены существованием права, которые «пронизаны» правом, и которые право «пронизало».

Право только тогда может получить должное объяснение, когда знание о нём строится не только на данных собственно «правовой» науки, но и при опоре на все данные гуманитарных, экономических и естественных наук. Предельные основания теории (ее методологическое и философское обоснование) подтверждаются её научным основанием (теория права), могут иметь источником широкие общенаучные подходы (например, конфуцианство, марксизм или экзистенциализм), более общие науки (юриспруденция, педагогика или теоретическая социология), смежные науки (геополитика, ювенальная юстиция или социальная антропология), различные правовые доктрины (аналитическая юриспруденция, теория элит, интегративная юриспруденция и др.).

Подобный подход позволяет видеть в праве не только перечисление или толкование тех или иных действующих законов или анализ истории права, но и более широкий аспект понимания права, а именно: когда, как и почему люди обращаются к праву, почему они желают жить по праву, почему, даже нарушая законы, они полагают, что право сможет защитить их от произвола власти, какую часть «мира человека» занимает право как таковое и какую часть его сознания занимает правовое сознание.

Общенаучное знание (в нашем случае – теория права) принципиально отличается конкретно-юридического знания тем, что является предпосылкой для юридической науки в целом, а не для какой-либо из отдельных отраслей, которые все более и более расходятся в своем теоретическом и методологическом обосновании, порой до такой степени, что представители разных отраслей юридического знания с трудом понимают друг друга.

В известной мере это происходит потому, что отраслевое знание находится в «заложенниках» предтеорий или концепций. Очень часто эти теории или концепции находятся в таком теоретическом состоянии, что как совокупность суждений лишены строгой дедуктивности, выводимость теорем из аксиом условна, налицо понятийная замкнутость, обусловленная построением большинства производных понятий из конечного числа базовых неопределяемых понятий – т.е. возводимость категорий отраслевого знания в ранг теоретическо-

го. О.Э. Лейст по этому поводу замечает: «Привычка мыслить формулировками и понятиями наличного права порождает консерватизм части корпорации юристов, отторжение новшеств в правовой системе, даже если новшества ведут к совершенствованию содержания права и процедур его реализации. Профессиональное правосознание юристов порой расходится с потребностями общества и общепринятыми понятиями справедливости; с этим связаны упреки в адрес современных ему юристов не только И. Канта, но и других немецких мыслителей этой эпохи»². И хотя добротная практическая юриспруденция объективно тяготеет к теоретическим обобщениям, стараясь соединить абстрактное и конкретное, обосновывает наличие либо отсутствие юридически значимых сторон и обстоятельства в сложных жизненных ситуациях, тем не менее, юридический позитивизм, пронизывающий целые области юридического знания или отдельные правовые системы³, игнорирует как философско-методологические, так и теоретико-правовые обобщения. К.Осакве отмечает: «С точки зрения философии юридического образования американский подход существенно отличается от российского тем, что уделяется большее внимание практической стороне права (в российском подходе – теории права). В то время как в российской системе предмет «Теория права и государства» касается всех областей юриспруденции, типичный американский студент с этим предметом совсем не знаком. В американской системе вполне возможно, что студент закончит юридическое образование, не изучив такие факультативные предметы, как «Теория государства и права», «История государства и права», «Философия права», «Римское право» и т.д. В американской системе все предметы преподают с точки зрения их практического применения, пренебрегая теорией, там, где это возможно»⁴.

Теоретические, или концептуальные модели являют собой замещение объекта, применяемое для познания и/или практического преобразования данного объекта. В теории и истории права моделирование используется как в статической, так и динамической форме для обозначения тех или иных правовых феноменов. Теоретическая модель – это интерпретация в строгом логическом смысле определенной теории, установленная взаимосвязь комплекса идеализированных объектов. Свойства, отношения и связи этих объектов должны полностью попадать под суждения рассматриваемой теории. В таком случае определяются идеализированные объекты, которые соотносятся с основными понятиями теории и являются исключительно искусственно созданными мысли-

² Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало-М. 2002. С.219.

³ Так, в англо-американском праве бытует мнение о необязательности философско-правового, теоретико-правового и историко-правового знания. (См., например: Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: «Прогресс-Универс», 1993.С.17-21.)

⁴ Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и особенная части. М.: Издательство «Дело», 2002. С.116.

тельными конструкциями, в которых «заложены» только те свойства, которые фиксируются в совершенно конкретных понятиях. Понятно, что в «чистом» виде эти конструкции не существуют, но без них невозможно понять, что собой представляет, то или иное понятие⁵. Идеальные объекты могут обладать и более сложной конструкцией, охватывать сложные социально-исторические и политико-правовые понятия. К таковым можно отнести, например, «идеальный тип» Макса Вебера. Как известно, идеальный тип представляет собой заведомое упрощение и идеализацию сложности и многообразия социальных явлений, осуществляемое исследователем в целях систематизации данного ему эмпирического материала и дальнейшего его сопоставления и изучения. Идеальный тип, согласно Веберу, «формируется односторонним акцентированием одной или более точек зрения или менее разрозненных, очень многих расплывчатых, более или менее разрозненных, имеющих налицо или по временам отсутствующих конкретных индивидуальных явлений, которые организуются в соответствии с этими односторонне подчеркиваемыми точками зрения в единую логическую конструкцию»⁶. Без философского обоснования право теряет свою основу, оно приносится в жертву политическим интригам и обстоятельствам неправового свойства. Свидетельством этого являются всем известные события последнего времени в международных отношениях, экономике, культуре и спорте. «Философия – камертон эпохи. Смена принципов и духа философствования является прямым свидетельством идейного кризиса (если не катастрофы) общества, его духовности. Под влиянием этого процесса происходят существенные изменения и во всех сферах общественной жизни»⁷.

Однако следует отметить, что и в российской традиции сложилось весьма странное отношение к философии. Старшее поколение людей, получивших высшее образование в советское время, изучало по большей части всё же некий эрзац философии, нечто совершенно незаслуженно называемое этим словом. Лишь некоторым повезло с мудрыми и дерзновенными учителями или умными и смелыми книгами. Очень часто, поэтому складывалось крайне скептическое отношение к тому очень узкому сегменту философского знания (т.е. учения одной из многочисленных философских школ), которое многие принимали за единственную философию. Молодое поколение также очень часто «проскакивало» мимо философии вследствие исхода её на периферию духовного освоения мира. Эти две тяжёлые гносеологические гири мешают правильному пониманию значимости всего философского в праве, с одной стороны, и делают

⁵ «Плоскость» в геометрии, «идеальный газ» в термодинамике, «глагол» в лингвистике, «империя» в политологии и т.п.

⁶ Вебер М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Избранное: Протестантская этика и дух капитализма. М.: РОССПЭН, 2006. С.317.

⁷ Малахов В.П. Право в контексте форм общественного сознания. Принципы правопонимания. М.:ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2015. С.139.

значительное число юристов, вольно или невольно либо прожжёнными и открытыми, либо стыдливymi и латентными позитивистами. Причём отбрасывается даже то реально наработанное в философской методологии, куда большевистская идеология не совалась (диалектика, законы и категории, теория познания, логика) и что было освящено именами основоположников. На мой взгляд, именно поэтому проще отбросить и сами ноумены, категории и понятия, чем их понять и принять, а заодно и всю философию права, какие бы авторитеты ни стояли бы за ней.

Известно, что верхний этаж любого знания – это философия, и правовая наука не составляет в этом никакого исключения. Исключительная роль философии состоит не в том, что она как раз выступает в роли некоего обязательного богословского элемента, ссылок на непререкаемые авторитеты, а исключительно как философская рефлексия на любые явления сложного характера, в нашем случае – на правовые явления. Исследователь прибегает к философии, когда уже во многом действительно разобрался, желает понять большее, выработать свой собственный взгляд или даже открыть нечто новое. Философствуя, рассуждая о самой глубокой сущности происходящего, человек, так или иначе, моделирует идеальную ситуацию на основе: а) общих законов мироздания; б) философских категорий; в) рационального мышления и логики; г) имеющегося опыта отраслевого знания; д) опыта сопряжённых дисциплин; е) «прорывных», новационных идей, могущих внести изменения в сложившуюся доктрину, которые обязательно возникают, если следовать таким путём.

Законы и категории выступают в качестве адекватного смыслового аппарата философии права. В отличие от теории государства и права, философия права подвергает анализу как явления, факты, состояния, процессы, так и свойства феноменов социальной действительности. В первом случае это необходимо для того, чтобы органично ввести в ткань философско-правовой и теоретико-правовой науки понятия и категории, значимость которых до поры не была должным образом оценена. Во втором случае – для того, чтобы можно было бы применить их к понятийному аппарату, используемому в философии и теории права и государства.

Методология, таким образом, возникает как изначально факультативный, побочный, но на самом деле, чрезвычайно важный аспект философствования.

Философское сознание является ценностным. Познание само по себе ценностно, тем более, когда оно предстаёт в индивидуализированном виде. Когда моё «Я» познаёт нечто или делает какое-нибудь абстрактное или конкретное знание своим, интериоризирует его, «Я» рассматривает весь этот процесс как ценность, как некое прибавление к полноте, многозначности и цельности моего внутреннего мира, философия права всегда была наполнена смыслами. Новыми смыслами наполняется и отраслевое правовое знание – возникают новые со-

циальные явления, которые требуют «юридического обслуживания», поэтому происходит прибавление массы юридической информации и расширение базы отраслевых наук. Но это наполнение количественное, а в философии права происходит качественное наполнение, углубление значимости многих понятий: многое из того, о чём писали уважаемые мэтры философии права, сегодня кажется банальностью, а о многих современных проблемах философии права они и не догадывались. Узловая философская проблема – это проблема действительности права. На самом деле, нашим позитивистам до сих пор не понятно, ни что такое право, ни как оно на самом деле должно функционировать.

Философское правопонимание позволяет рассматривать право – в целостности, ибо только при подобном рассмотрении, возможно, увидеть его не как «собрание» отдельных отраслей, норм, систем и т.д., а единый феномен. Только с помощью философской рефлексии и возможно представить право в становлении, развитии и «свёртывании», и в то же время – в «застывшем виде», в статике – т.е. в диалектике и взаимодействии всех его составных частей и многочисленных и многообразных феноменов. С помощью философского сознания исследователь видит целостное право, а не конгломерат его отраслей, причём видит в упорядоченности и в хаосе, в конкретности и в абстракции, поднимаясь на «философскую высоту» «схватывает» новые понятия и даёт развитие старым. Философское сознание даёт возможность жить тем новым идеям, которые не получают немедленного признания, и до поры ожидают своего воплощения в жизнь, ибо способствует легитимации подобных идей. Это в особой мере актуально для пиковых направлений в теории права, когда исследование сталкивается с «внедрением» в философско-правовую и теоретико-правовую науку новых идей, положений, понятий и категорий. При этом философия использует и догму права, без которой нельзя ни в праве, ни в любой другой науке, для развития новых идей.

Что всегда привлекало в истинной философии мыслящих людей и, наоборот, заставляло её принципиально извращать и переиначивать марксистами и прочими и идеологизаторами? Философия всегда индивидуальна. Философ одинок, каждый понимает философские проблемы по-своему. И в этом смысле, каждый понимает философию права со всеми его проблемами сугубо индивидуализировано. Может быть множество точек соприкосновения личностных концепций, но в целом философия индивидуализирована. В ещё большей степени это относится к философии права (а также истории, религии, политики). Догма права может быть единой, законы понимаемы однозначно, но мои мысли, моё правосознание, моя рефлексия на всё это сугубо индивидуализирована, она лично моя и представляет только мою собственную рефлексия на суть правовой жизни и правовой теории.

В современной науке сложилось весьма предвзятое отношение к диалектике как таковой. У исследователей старшего поколения выработалась идиосинкразия к данному универсальному методу познания по причине «передозировки» в советские времена. Молодое поколение, порой не знакомо с этим методом вовсе. Но при этом следует чётко осознавать, что на самом деле, во-первых, преподаваемая в советское время диалектика – это извращенная и упрощенная диалектика извращённого и упрощённого марксизма; во-вторых, те, кто ругают диалектику, порой пропустили даже и её в своем школярстве, не имеют о действительной диалектике никакого представления; в-третьих, по большому счету, диалектика существует вне зависимости от того, признает ли ее кто-либо или нет; в-четвертых, те, кто умеет использовать настоящую диалектику, а не ее извращенный и упрощенный вариант всегда будет в выигрыше.

В качестве адекватного смыслового аппарата диалектической методологии выступают законы, категории и принципы диалектики, которые, несмотря на забвение их в научной и учебной литературе, никуда не делись, ибо существуют объективно, а не только в умах гегельянцев, марксистов или представителей ещё каких-либо течений. Современные основательные исследователи продолжают отводить данному методу роль универсального способа познания действительности, в том числе действительности правовой. В частности, В.А. Бачинин отмечает, что «с позиций диалектического метода предполагается, что правовая реальность может быть с необходимой и достаточной степенью полноты описана в терминах противоречий, конфликтов, коллизий, антиномий, антитез, оппозиций, контрастов, диссонансов и т.п. Исследователь уверен в том, что введение принципа противоречия в качестве аналитического инструмента в живую ткань правовых проблем откроет перед философской мыслью возможность избежать теоретического верхоглядства и проникнуть в сущностный уровень социально-правовых реалий»⁸.

Сутью закона единства и борьбы противоположностей является раскрытие изменения природы как ее саморазвитие. Закон взаимного перехода количественных и качественных изменений описывает «механизм» движения и развития, взаимосвязь внутреннего и внешнего в процессах саморазвития материальных систем. Всякое новое состояние исследуемого объекта связано со старыми, возникает и формируется через их отрицание. Закон отрицания отрицания указывает на направленность движения и развития, отражает процесс устранения старого и сохранения нового, преемственность, повторяемость и поступательный характер развития реальности как ее самоотрицания, единство цикличности и направленности развития, раскрывает его спиралевидный характер.

⁸ Бачинин В.А. Диалектический метод // Энциклопедия философии и социологии права. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.С.258-259.

Взаимосвязь парных соотносительных категорий диалектики – это, по сути дела, также выражение определенных диалектических законов. При этом онтологически, любой из законов – это момент реальности, объективная существенная связь между явлениями действительности или между сторонами этих явлений. Гносеологически, законы – это отражение объективных необходимых связей, ступень познания мира, фиксирующая определенного порядка сущность исследуемого явления⁹.

Диалектическая методология позволяет рассматривать право – в целостности, ибо только при подобном рассмотрении, возможно, увидеть его не как «собрание» отдельных отраслей, норм, систем и т.д., а единый феномен. Только применяя эту методологию можно воспринимать право в становлении, развитии и «свёртывании», и в то же время – в «застывшем виде», в статике – т.е. в диалектике и взаимодействии всех его составных частей и многочисленных и многообразных феноменов. Диалектический метод позволяет увидеть право в упорядоченности и в хаосе, в конкретности и в абстракции, «схватить» новые понятия и дать развитие старым. Диалектический метод даёт возможность жить тем новым идеям, которые не получают немедленного признания, и до поры ожидают своего воплощения в жизнь, ибо способствует легитимации подобных идей. Это в особой мере актуально для теории права, когда исследование сталкивается с «внедрением» в философско-правовую и теоретико-правовую науку новых идей, положений, понятий и категорий. В то же время диалектический метод позволяет использовать догму права, без которой нельзя ни в праве, ни в любой другой науке, для развития новых идей.

И.Л. Честнов

Культуральный тип правопонимания

Стоит ли спорить о правопонимании? Некоторые считают, что такого рода дискуссии ушли в безвозвратное прошлое. Сегодня, например, в западной юриспруденции, такие дискуссии практически не ведутся, так как все согласны с тем, что право существует или внешне выражается в законодательстве (и других формах или источниках права) и может быть оценено с точки зрения эффективности или моральности (справедливости). Тем самым «снимается» противопоставление между тремя классическими типами правопонимания: юспозитивизмом, социологией права и теорией естественного права.

С моей точки зрения, накал страстей по поводу правопонимания действительно может быть снижен. Однако, во-первых, право – сложное, абстрактное,

⁹ См.: Самбуров Э.А. Взаимосвязь категорий диалектики. М.: Наука, 1987. С.12

полиреферентное понятие, не имеющее непосредственной (прямой) связи с практикой¹⁰. В обыденном сознании право – отнюдь не очевидная данность. Поэтому споры о том, что есть право или какова правовая реальность, несмотря на всю их метафизичность, не утихнут никогда. Во-вторых, само по себе прояснение или более точная характеристика бытия права или измерения правовой реальности – задача не просто интеллектуального досуга. Дело в том, что от того, как на философско-правовом уровне определяется право¹¹, зависят вопросы конкретной или практической юриспруденции, прежде всего, оценки законодательства и правовая политика. Каким критериям должны отвечать формы внешнего проявления права; как оценивать законодательство и как оценивается система права нашего общества; какая должна (желательна) быть правовая политика; что должно относиться к предмету правового регулирования; что можно достичь с помощью права – вот далеко не полный перечень достаточно практических вопросов, напрямую связанных с типом правопонимания.

Конец XX – начало XXI вв. ознаменовался формированием новой, постклассической картины мира, нового мировоззрения, в том числе, в философии права. В связи с этим сегодня на смену классификации типов правопонимания на основе разграничения права и закона, выступающей критерием различия юридического позитивизма, юснатурализма и социологии права, приходит другое основание (не отрицающее первое): классическое и постклассическое правопонимание. Для первого характерны наивный объективизм, определенность и статичность, предсказуемость и полная управляемость правом. Постклассическое правопонимание исходит из онтологического интересубъективизма, антропологизма (человекоразмерности), релятивизма и контекстуализма, неопределенности и незавершенности, непредсказуемости и ограниченной конструируемости правовой реальности. Для классического подхода не вызывает сомнения вера в объективное бытие права, которое само по себе регулирует общественные отношения и в возможность однозначно оценить правовое регулирование. Для сторонников постклассического правопонимания такое гипостазирование и реификация взаимодействий людей, конечно, неприемлемо, как и предполагаемый расчет (калькуляция) всех юридически значимых действий и их последствий. Очевидно, что в социальном мире действуют не некие коллективные организмы, например, государство или право, и даже не формы их внешнего выражения (например, закон), а только люди. Коллективные же образования существуют объективно, но эта объективность информационно-знаковая, воз-

¹⁰ Дискуссионным является уже вопрос о том, что считать объектом(ми) мира, с которым соотносится право или что есть «правовая практика».

¹¹ С моей точки зрения вопрос правопонимания решается в зависимости от исходных философских предпосылок или представлений, а потому относится к философско-правовому уровню юридической науки.

можно – символическая: они «живут» в образах, господствующих значениях в общественном правосознании, которое, как известно, не есть механическая сумма индивидуальных правосознаний, а представляет собой господствующие в данном социуме представления¹². В традиции современной социальной психологии это именуется социальными представлениями, а в социологии и политической науке с легкой руки Б. Андерсона – «воображаемыми сообществами»¹³. Рассчитать последствия, тем более отдаленные, воздействия таких знаково-символических образований на массовое поведение людей невозможно (можно предложить только вероятностные тенденции, как правило, являющиеся экстраполяциями) в силу их стохастичности, неравновесности и отсутствия однозначных критериев оценки социальных (и правовых) явлений¹⁴.

С позиций постклассического подхода (хотя эти идеи высказывались и раньше, например, социологом права Л.И. Спиридоновым) право не существует само по себе, в «чистом виде». Очевидность провала попыток построить «чистую систему права» вследствие невозможности для системы быть одновременно непротиворечивой и завершенной привела к осознанию взаимозависимости и взаимообусловленности права и общества, представленного всеми социальными явлениями и процессами¹⁵. В этом смысле право релятивно - существует только вместе с культурой, психикой людей – субъектов права, вместе с экономикой, политикой и т.д. Поэтому в любом элементарном правовом взаимодействии, например, при заключении договора купли продажи, можно выделить несколько платов, аспектов, только одним из которых будет правовой. В связи с этим принципиально важно изучать право вместе с социальными явле-

¹² О воображаемом характере коллективных образований см.: Касториадис К. Воображаемое установление общества. М., 2003.

¹³ Social Representations / Ed. by R. Farr, S. Moscovici. Cambridge, 1984; Moscovici S., Markova J. Presenting Social Representations: A Conversation // Culture and Psychology. 1998. № 3; Anderson B. Imagined Communities: Reflections on the origin and spread of nationalism. London, 1991.

¹⁴ Это связано с принципами неопределенности и дополнительности, лежащими в основе неклассического и постклассического мышления: оценка зависит от позиций наблюдателя, его средств и методов познания, научных предпочтений и т.п., а потому не может быть универсальной, а всегда релятивна. Я.И. Гилинский по этому поводу пишет: «В реальной действительности нет объекта, который был бы «преступностью» (или «преступлением») по своим внутренним, имманентным свойствам, *sui generis, per se*. Преступление и преступность — понятия *релятивные* (относительные), *конвенциональные* («договорные»: как «договорятся» законодатели), они суть социальные *конструкты*, лишь отчасти отражающие отдельные социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т. п. Но ведь *те же самые по содержанию* действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда, обман государством своих граждан и т. п.». - Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб., 2009. С.37.

¹⁵ Хотя на сегодняшний день понятие «общество» - одно из самых дискуссионных в социальной философии, нуждающееся в экспликации, а отнюдь не очевидная данность.

ниями и процессами, влияющими на право, и тем воздействием, которое право оказывает на них. Отсюда напрашивается вывод о том, что предмет юриспруденции должен быть переформулирован: его образуют не закономерности возникновения, развития и функционирования правовой реальности, но моделирование или конструирование закономерностей – вероятностных тенденций правовой реальности, существующих как частный случай, момент или сторона (по терминологии Г. Гегеля) общесоциальных закономерностей, представленных экономическими, политическими, культурными, психическими и т.п. массовыми процессами. Таки образом, в предмет юриспруденции неизбежно входят внеюрídические явления и процессы, так как они оказывают влияние на право, но не «сами по себе» и не в «полном объеме», а в связи с той ролью, которую они играют в правовом регулировании.

Право, будучи социальным явлением, одновременно является феноменом культуральным. Именно культура выступает контекстом правовой реальности и обуславливает все ее модусы бытия. Акцент на культуральную опосредованность социального – одно из проявлений постклассической картины мира. Это связано с тем, что культура, будучи знаковой формой социальности, опосредует все формы социальной активности (социального бытия), а также предметы материального (физического) мира. Что-либо существует только если оно (это «что-либо») получило знаковую фиксацию, наделено значимостью (означено)¹⁶. Через номинацию и означивание социальные явления и процессы, связанные, в том числе, с материальными объектами, выступают мотивацией деятельности людей. Поэтому существование права возможно только при наличии его знаковости, которая, как считается сегодня, приобретает текстуальную структуру¹⁷.

Однако важно не просто констатировать новую роль культуры как данность, но показать в чем плодотворность анализа права именно как явления культуры. Это связано с тем, что культуральный подход может превратиться в безразмерно-абстрактную, бессодержательную банальность, заявление о том, что все есть культура¹⁸. На мой взгляд, роль культуры (правовой культуры) не

¹⁶ По мнению К. Гирца, культура есть сеть означивания, в которой подвешено человечество. – Гирц К. Интерпретация культур. М., 2004. С.11. Реймонд Уильямс пишет о культуре как о системе означивания, посредством которой, задается, воспроизводится, переживается и изучается социальный порядок - Williams R. Culture. Glasgow, 1981. P.13.

¹⁷ Все есть текст – утверждал Ж. Деррида. И с эти можно согласиться не в том смысле, что в мире существуют только тексты, но что любое (физическое, биологическое, юридическое или моральное) существование возможно только в знаковой – текстуальной форме.

¹⁸ От такой «экспансии культуральности» предостерегает Т. Иглтон: «Для культурализма, присоединяющегося к биологизму, экономизму, эссенциализму и тому подобным вещам, — как одного из величайших современных редукционизмов — не существует диалектики Природы и культуры, потому что Природа в любом случае оказывается культурной. — Иглтон Т. Идея культуры. М., 2012. С.136. Об этом же пишет К. Берк: «Экспансия империи

сводится только к когнитивному, оценочному и деятельностному моментам¹⁹ – знанию, принятию права и поведению в соответствии с правовыми нормами. Значение правовой культуры гораздо шире: она представляет собой **знаково-ментальный механизм воспроизводства правовой реальности** (это же касается и культуры в целом, выступающей механизмом воспроизводства социальной реальности, превращающим действия, мысли, предметы в социальные явления и процессы). В этом смысле правовая культура – не просто вся правовая реальность или, другими словами, все, что создано и существует в сфере права как подсистемы общества, а механизм приписывания юридического значения (означивания) некоторым социальным явлениям и процессам, превращая их из «просто» действий в правовые феномены. Именно система (механизм) означивания придает некоторым из проявлений человеческой активности правовую оценку²⁰.

Этот процесс означивания включает в себя, прежде всего, формирование права, а затем его реализацию. Означивание как правовая селекция некоторых из вариантов инноваций в юридической сфере обеспечивает возникновение новых норм права и выступает источником права в социолого-правовом смысле²¹. Одновременно придание юридического значения обеспечивает реализацию норм права, включающую превращение человека в носителя юридического статуса.

Таким образом, культуральный подход к правопониманию акцентирует внимание, прежде всего, на механизме воспроизводства правовой реальности. Правовая культура – это, прежде всего, механизм формирования правовой инновации, разрабатываемой и вносимой в правовую систему данного социума, тот, «первичный произвол», который, по мнению П. Бурдьё, ссылающегося на авторитет Б. Паскаля, лежит в основе всякого закона. Э. Лаклау утверждает, что

культуры включает и нарастающую склонность давать культуральные объяснения экономическим феноменам, например экономическому спаду Британии или богатству и бедности народов вообще. /.../ Аналогичным образом, все чаще культуральные объяснения даются таким изменениям в политическом мире как революции, образованию государств или даже шведская интервенция во время Тридцатилетней войны». – Бекр П. Что такое культуральная история? М., 2015. С.56-57.

¹⁹ Хотя эти аспекты принципиально важны, так как когнитивный и деятельностный моменты культуры опосредуют связь человека с миром, превращая индивида в личность.

²⁰ Тем самым культура замещает природу: «Мы рождаемся не как культурные существа, и не как самодостаточные природные животные, а существа, чья беспомощная физическая природа нуждается в культуре для того, чтобы выжить. /.../ Важно понимать, что эта способность к культуре и истории не просто дополнение к нашей природе: она составляет саму ее суть». – Иглтон Т. Идея культуры. М., 2012. С.146.

²¹ Авторская позиция по этому вопросу см.: Честнов И.Л. Диалого-антропологическая концепция источника права в контексте постклассического правопонимания // Источник права: классическая и постклассическая парадигмы: монография / Н. В. Разуваев, А. Э. Черноков, И. Л. Честнов; под общей ред. И. Л. Честнова. СПб., 2011. С. 126-170.

в основе любого социального института лежит учреждающий его акт власти, который в условиях фундаментальной неразрешимости социального, состоит в предпочтении одного правила организации практик всем существующим альтернативам, («первичный произвол» - по отношению к действующей нормативной системе), и который с помощью механизма «забывания происхождения» (у П. Бурдые – «амнезия происхождения») седиментируется, то есть, превращается в социальный институт, якобы сложившийся сам собой²². При этом надо иметь в виду, что действия людей, которыми конструируются социальные институты, никогда не приводят к тем результатам, которые предполагались (если они рефлексировались). Это связано как с ограниченностью знаний, так и с неизбежными «непредвиденными последствиями» (или «экстерналиями») в силу эмерджентности коллективных действий²³.

Правовая инновация обусловлена, с одной стороны, потребностями общества в правовом регулировании соответствующих общественных отношений. Здесь очевиден момент объективной необходимости, «сопротивления вещей» (по терминологии Р. Харре и Б. Латура) волюнтаризму конструктивистского произвола²⁴. Так, изменения в экономике порождают объективную потребность в изменении гражданского законодательства, трансформации в политике – в конституционном, а динамика демографической ситуации – в законодательстве социального обеспечения. Однако внешние факторы (экономика, политика, демография и т.д.) не действуют прямо и непосредственно на правовую систему. Более того, экономика, политика и т.д. сами по себе не действуют: в социальном мире действуют только люди²⁵. Такого рода высказывания – не что иное,

²² Lacklaur E. *New Reflections on the Revolution of Our Time*. London, 1990. P. 34, 160.

²³ Ф. Хайек по этому поводу справедливо писал: «В современном обществе главным инструментом обдуманных изменений является законодательство. Но как бы тщательно мы ни продумывали каждый отдельный акт законотворчества, мы не вольны полностью перестроить правовую систему в целом или создать ее заново в соответствии с внутренне согласованным планом. Законотворчество по необходимости представляет собой непрерывный процесс, в котором каждый шаг порождает непредвиденные последствия, определяющие то, что мы можем или должны делать далее. /.../ Процесс изменения законов с редкой наглядностью демонстрирует, как доминирующие концепции ведут к непрерывным изменениям, порождая меры, непредвиденные и нежелательные, но со временем ставшие неизбежными. Каждый отдельный шаг в этом процессе определяется проблемами, возникшими, когда принципы, установленные (или подразумеваемые) предыдущими решениями, применяются к непредвиденным в свое время обстоятельствам. Нет ничего особенно загадочного в этой «внутренней динамике законодательства», порождающей изменения, всей совокупности которых никто не желал». – Хайек Ф. *Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. М., 2006. С. 83–84.

²⁴ Harre R. *Social Being*. 2nd end. Oxford, 1993; Latour B. *When things strike back: a possible contribution of “science studies” to the social science* // *British Journal of Sociology*. 2000. Vol. 51. № 1.

²⁵ «Химерой» юридического позитивизма является расхожее утверждение, что право действует с момента вступления нормативно-правового акта (или другой формы внешнего

как антропоморфизм²⁶. Ко всему прочему внешний фактор может стать действующим мотивом человека (людей) только интериоризируясь в психике. То есть, причина совершения действия – это внутренний побудительный мотив, соотносимый с объективными возможностями его совершения. Отсюда вытекает важный вывод: внешние факторы должны быть восприняты как социальная (правовая, юридическая) проблема. Этот вопрос подробно анализируется «школой П. Бурдьё».

По мнению Р. Ленуара, основанному на анализе социальной значимости раковых заболеваний, условие социальной проблемы является то, что она затрагивает высокие социальные статусные группы населения²⁷. Поэтому проблема – это не просто дисфункция, но ее признание и легитимация²⁸. Проблема приобретает социальное значение в современных условиях благодаря деятельности средств массовой информации²⁹. «Именно через механизм государственного освящения, - подчеркивает Р. Ленуар, - частные, с трудом тематизируемые проблемы возводятся в ранг социальных проблем, требующих коллективных решений, чаще всего в виде всеобщей регламентации, правового обеспечения, материального оснащения, экономических субсидий и т.д. Эти решения почти всегда разрабатываются добровольными или профессиональными «специалистами». Одна из основных фаз установления проблемы в качестве социальной состоит именно в ее признании в качестве таковой государственными инстанциями»³⁰.

Таким образом, социальная проблема обусловлена степенью ее социальной значимости, которая определяется, в свою очередь, как объективной функ-

выражения норм права) в силу. Действует не нормативно-правовой акт, а люди, которые в своем практическом поведении его используют, исполняют и соблюдают, или нет.

²⁶ «Всякий, кто сознает сложность природы сети взаимозависимостей, определяющих общественные процессы, легко увидит ошибочность антропоморфного представления, согласно которому общество что-то «делает» и чего-то «хочет»». - Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С.462.

²⁷ Ленуар Р., Мерлье Д., Пэнто Л Шампань П. Начала практической социологии. Изд. 2. М.; СПб., 2001. С.104.

²⁸ Ленуар Р., Мерлье Д., Пэнто Л Шампань П. Начала практической социологии. Изд. 2. М.; СПб., 2001. С. 112. Можно отчасти согласиться с тем, что основные «проблемы, с которыми мы сталкиваемся в новом тысячелетии, - войны, голод, бедность, болезни, долги, наркотики, загрязнение окружающей среды, переселение народов - вовсе не являются «культурными» проблемами. Вопросы ценности, символизма, языка, традиции, принадлежности или идентичности, и менее всего — искусства» - Иглтон Т. Идея культуры. М., 2012. С.189. Но они становятся социальными только после того, как получают значение социальных проблем – через систему означивания.

²⁹ Ленуар Р., Мерлье Д., Пэнто Л Шампань П. Начала практической социологии. Изд. 2. М.; СПб., 2001. С.114.

³⁰ Ленуар Р., Мерлье Д., Пэнто Л Шампань П. Начала практической социологии. Изд. 2. М.; СПб., 2001. С.119.

циональной значимостью данной проблемы для общества, так и представлением о ее значимости, формируемом в общественном мнении средствами массовой коммуникации. Это говорит о том, что «объективных» проблем, отражающих «естественную природу вещей» не существует³¹. Любая социально значимая сегодня проблема может оказаться завтра псевдопроблемой.

Суть конструирования символической властью социальной, а значит, и правовой реальности замечательно сформулирована П. Бурдьё в следующем пассаже: «Познание социального мира, точнее, категории, которые делают социальный мир возможным, суть главная задача политической борьбы, борьбы столь же теоретической, сколь и практической, за возможность сохранить или трансформировать социальный мир, сохраняя или трансформируя категории восприятия этого мира.

Способность осуществить в явном виде, опубликовать, сделать публичным, так сказать, объективированным, видимым, должным, т.е. официальным, то, что должно было иметь доступ к объективному или коллективному существованию, но оставалось в состоянии индивидуального или серийного опыта, затруднения, раздражения, ожидания, беспокойства, представляет собой чудовищную социальную власть - власть образовывать группы, формируя здравый смысл, явно выраженный консенсус для любой группы. Действительно, эта работа по выработке категорий - выявлению и классификации - ведется непрерывно, в каждый момент обыденного существования, из-за той борьбы, которая противопоставляет агентов, имеющих различные ощущения социального мира и позиции в этом мире, различную социальную идентичность, при помощи различного рода формул: хороших или плохих заявлений, благословений или проклятий, злословий или похвал, поздравлений, словословий, комплиментов или оскорблений, упреков, критики, обвинений клеветы и т. п. Неслучайно *kategoesthai*, от которого происходят категории и категоремы, означает "обвинить публично"³².

Об этом же, в принципе, пишет К. Лефорт, формулируя «парадокс демократической легитимации». Если в сословно-династических обществах место власти было зарезервировано за одним лицом, то в условиях демократии оно является принципиально пустым. Никто не может занять его, не будучи на то уполномоченным народом, его волей, которая трактуется как «всеобщая воля». Однако «народа» как эмпирической данности не существует, так как народ есть «символический диспозитив» власти нового типа³³. Это же заявлял и Ж. Дерри-

³¹ В этой связи следует заметить, что постструктурализм отрицает, деконструирует основные дихотомии классической метафизики, такие как объективное/субъективное, материальное/идеальное и т.д.

³² Бурдьё П. Социальное пространство и генезис «классов» // Социология политики. М., 1993. С.66–67.

³³ Lefort C. L'invention de démocratie. P., 1984.

да: возникновение нации совпадает с ее самопровозглашением, осуществляемым теми, кто «подписывает акт о самопровозглашении»³⁴.

Воспроизводство правовой реальности конкретизируется в правовом опыте людей – их ментально-поведенческой активности. Проблема правовой культуры в этом смысле состоит в ответе на вопрос *как мыслят люди (как обыватели, так и юристы-специалисты, включая законодателей и правоприменителей) в юридически значимых ситуациях* и, по большому счету, формируют право своими интеракциями и социальными представлениями. Объективистский подход, господствующий в классической юриспруденции, утверждает, что юридическое мышление основано на оперировании правовыми категориями и конструкциями. При этом зачастую в юридическом нормативизме происходит надделение их самостоятельным бытием, реифицирование, натурализация и даже их фетишизация. Я не отрицаю того, что сами по себе юридически понятия и конструкции изначально наделяются объективным существованием в информационном поле. Однако их фактическое или социальное существование (бытие) предполагает означивание и осмысление в практиках использования, так как значение слова, как известно со временем «Философских исследований» Л. Витгенштейна, состоит в его использовании в «языковых играх». Более того, социальная объективность, как считается в постклассической социальной философии, есть intersубъективность, в которой ментальное (психическое) и материальное диалогически взаимодополняют друг друга и не существуют одно без другого. Поэтому социальная действительность всех юридических понятий и конструкций – это их использование ментальной и поведенческой активностью людей – носителей статуса субъектов права. При этом обыденное мышление в целом и повседневное «юридическое» мышление в частности практически не исследованы³⁵.

С точки зрения постклассической когнитивной науки, включающей психолингвистику, дискурс-анализ, когнитивную семантику, повседневное мышление человека вообще (в том числе, в юридически значимых ситуациях) и специалиста (юриста), в частности, основано не на формальной логике (аристотелевской силлогистике)³⁶, а на прецедентных образцах, стереотипах, фреймах

³⁴ Derrida J. “Declaration of Independence” // New Political Science. 1986. № 7. P. 7–15.

³⁵ Исследования Э Гуссерля, А. Шюца, П. Бергера, Т. Лукмана, Г. Гарфинкеля и некоторые другие работы в области «народной социологии» пока носят «постановочный» (в смысле постановки проблемы) характер. - Обыденное и научное знание об обществе: взаимовлияния и реконфигурации: монография / Под ред. И.Ф. Девятке, Р.Н. Абрамова, И.В. Катерного. М., 2015.

³⁶ Не существует объективного критерия, какие признаки должны считаться существенными. Необходимыми и достаточными для определения чего-либо. – Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи. Что категории языка говорят нам о мышлении. М., 2004. С.248. Существенные признаки не очевидны в социальных отношениях. – Там же. С. 234. Более того, как утверждал Л. Витгенштейн, категории основаны не на общих признаках, а на

или скриптах, моделях-идеализациях. Главное отличие от классической теории мышления состоит в том, что мышление человека всегда связано с повседневным опытом людей и не может быть объяснено без учета обращения к нему³⁷. Более того, со времен Ч. Пирса считается, что обыденное повседневное рассуждение основано на абдукции – выводе с недостаточными основаниями. Эту мысль поддержал А. Шюц, утверждавший, что умозаключения здравого смысла часто строятся по абдуктивной модели³⁸. Более того, неопозитивисты в конце концов отказались от попыток «отчистить» язык науки (прежде всего, социальной) от «нелогичности» естественного языка.

Категоризация, как основа повседневного практического мышления, основана на прототипах-образцах, которые составляют основное содержание юридического опыта человека. Одновременно такое мышление, в отличие от абстрактного теоретизирования, всегда предполагает соотнесение образа (и образца) ситуации с личностной интенцией. Образец же ситуации включает интериоризация требований, исходящих от социума (культуры), представленного социально значимым Другим (например, вышестоящим начальством, коллегами по службе, экспертами и др.). Такая интериоризация одновременно мотивирует деятельность человека, стимулируя или удерживая его поведенческую активность, так как с этими требованиями человек вынужден соотносить собственную интенцию (потребности, интересы, цель).

Категории и конструкции, образующие догматику права, существуют в правовой реальности в социальном смысле только будучи воплощенными в юридических практиках – если они используются в повседневном опыте и воплощаются в ментальных образах людей. Реальность юридических категорий и конструкций состоит в их мотивирующем значении и, как следствие, в результатах юридической жизнедеятельности.

Мышление человека (включая юристов) контекстуально – зависит от образцов когнитивной активности, задаваемой исторической эпохой и конкретной культурой, в которой социализирован данный индивид. В этой связи возникает сложный вопрос о его – мышлении - универсальности/контекстуальности. Пожалуй, можно говорить об универсальных «юридических примитивах» (перефразируя А. Вежбицку) – правилах поведения, которые в любом социуме являются (и считаются)³⁹ необходимыми для его нормального функционирования⁴⁰.

отношении подобия – «фамильного (семейного) сходства», устанавливаемого в соответствующей языковой игре. Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи. Что категории языка говорят нам о мышлении. М., 2004. С.31-32.

³⁷ Лакофф Дж. Женщины, огонь и опасные вещи. Что категории языка говорят нам о мышлении. М., 2004. С.23,138,272,347.

³⁸ Шюц А. Здравый смысл и научная интерпретация человеческой деятельности // Вестник СПбГУ 1994. Вып. 4. С.37-77.

³⁹ Хотя между «являются» и «считаются» не прямой корреляции.

Но таковые представляют собой абстракцию, и выступают контекстом поведенческой и ментальной активности человека. Конкретное же их содержание определяется историческим и социокультурным контекстом.

Во всех обществах, начиная с примитивных общин охотников-собирателей, можно обнаружить «минимум естественного права» (по терминологии Г. Харта) – норм, которые обеспечивают выживание, самосохранение данного социума. Однако этот набор функционально-значимых норм (с моей точки зрения это и есть право, пересекающееся с законодательством) в разных обществах содержательно отличается. Так, у всех народов фиксируется запрет убийства или инцеста. Однако конкретное содержание того, что считается, квалифицируется как убийство или инцест, порой значительно различается: ритуальное жертвоприношение, лишение жизни людей на войне или брак с двоюродными братьями/сестрами. Более того, не может быть универсального перечня тех действий (социальных явлений и процессов), которые всегда и везде должны быть урегулированы правом, но не может быть обществ, в котором отсутствовало бы право как система норм, обеспечивающих его нормальное функционирование. В этом проявляется диалог универсального и уникального, общего и особенного как один из важных аспектов содержания правовой культуры.

Несомненно, существуют и другие проблемные вопросы, относящиеся к данной теме – культуральному измерению правовой реальности. В любом случае, исследование взаимовлияния права и культуры – одно из наиболее перспективных направлений постклассической юриспруденции.

Л.Е. Лаптева

Правовая идеология в России: трудности формирования

Ни для кого не секрет, что правовая идеология основана на системе признанных общественным сознанием ценностей, присущей данному правопорядку и на бытующем в нём правопонимании. Причем, «появление правовой идеологии само по себе есть свидетельство высокой способности людей мыслить юридическими абстракциями»⁴¹. Иными словами, развитая правовая идеология предполагает наличие теоретически отрефлексированных и сформулированных принципов, что невозможно без теоретической юриспруденции.

⁴⁰ Полагаю, что это очень сложная и важная тема, требующая специального рассмотрения. Сейчас же в качестве рабочей гипотезы выскажу предположение, что «юридические примитивы» - это «момент», «сторона» общесоциальных примитивов или архетипов сознания: таких категорий, которые существуют у всех народов и во все времена. Это понятия хорошо/плохо, верх/низ, причина/следствие, я/ты и др. Содержание того, что считается в данном социуме хорошим/плохим, с чем ассоциируется верх/низ и т.д. определяется контекстуальностью истории и культуры.

⁴¹ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С.238.

Систему правовых принципов, призванных создавать основу правовой идеологии, в наши дни нередко пытаются представить как универсальную. Но на самом деле в мире по-прежнему нет единого понимания идей свободы, достоинства личности, справедливости, добросовестности, разумности, одинаковых для всех народов и времен. «Все правовые идеи в сознании каждого отдельного народа получают своеобразную окраску и свой собственный оттенок»⁴². Скажем, западный человек, если речь идет о праве, подразумевает, прежде всего, договор, т.е. добровольное общение свободных в своем волеизъявлении субъектов, основанное на взаимном признании прав свободных контрагентов, эквивалентности. Контракт является универсальной основой общения правового типа в его классическом (созданном в ходе буржуазных революций) понимании. Причем такая основа взаимоотношений работает и в случае, когда речь идет об отношениях гражданина с государством.

По англосаксонской версии либеральной теории «люди имеют по отношению к своей общине совершенные права, но не совершенные обязанности». Причем, обязанности эти несовершенно, поскольку выводятся из прав, и община существует лишь для защиты этих прав». Поэтому обязательства «не подписаны Господом Богом, не вытекают из страха человека за свою вечную жизнь или из естественного порядка космоса, а продиктованы тем, что сторона, подписавшая контракт, заинтересована в выполнении этого контракта остальными сторонами»⁴³. Правда, теперь самими идеологами либерализма признается уязвимость сообществ, где действует договор о толерантности к любым альтернативным образам жизни, поскольку на уровне страны как самой большой ассоциации, такие принципы могут оказаться «деструктивными для высших форм патриотизма, необходимых для самого выживания общества»⁴⁴. Всё дело в том, что о принятии идеологии, основанной на абсолютизации субъективных прав и толерантном отношении к ИНОМУ готовы договариваться далеко не все носители альтернативных образов жизни. Сталкиваясь с подобными проявлениями, либеральная правовая идеология ввергается в кризис отрицания собственных ценностей.

Новые веяния в европейской философии Ф.Хайек отмечал еще в 70-х гг. прошлого века, когда писал, что под действием внутренних сил идет трансформация права, опасность которой в том, что она может привести к исчезновению права как главной защиты личной свободы, превратить его из системы правил личного поведения в систему правил (функционирования) организации⁴⁵. Речь идет о том, что принципы права в собственном смысле слова удаляются на пе-

⁴² Кистяковский Б.А. В защиту права // Интеллигенция. Власть. Народ. М., 1993. С.144.

⁴³ Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек. М. 2004. С.483.

⁴⁴ Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек. М. 2004. С.485.

⁴⁵ Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. М. 2006. С.85.

риферию сознания, право для людей заменяется системой корпоративных правил. Не случайно консерватор М.Тэтчер в 90-х прямо формулирует в числе приоритетных задач британского правительства необходимость «немедленно законодательно ограничить вредоносное воздействие закона о правах человека»⁴⁶.

Подход Востока в принципе отрицает ценность индивидуальной свободы в правовом смысле этого слова и формально равноправного общения. Здесь на первом месте оказывается именно обязанность, понимаемая как долг перед обществом. Поэтому поведение индивида регулируется не юридическими, а преимущественно этическими нормами. Мораль выступает в роли главного мотиватора поведения. Право, понимаемое как закон, нормы которого облечены соответствующими государственными санкциями, применяется в исключительных случаях, в отношении людей, которые уже не следуют правилам нормального, морально одобряемого поведения («ли»). Не случайно Лао-Цзы приписывается выражение: «Когда множатся законы и приказы, растет число воров и разбойников». Для Востока характерно признание права инструментальной ценностью, значимость его состоит только в том, что оно позволяет индивиду лучше исполнять свой моральный долг, общественные функции и пр.

В истории нашей страны немало моментов «оставления идеи права» и большинство из них касается области взаимоотношений подданного (гражданина) с государством. Неоднократно воспроизводилась ситуация, когда с одобрения или молчаливого согласия народа реальная возможность выбора правового формата устройства государственной власти не была использована. Это относится и к судьбоносному Земскому собору 1613 г., и к кондициям времен Анны Иоанновны, и к трагедии 1 марта 1881 г., и к истории созыва и роспуска Учредительного собрания в январе 1918 г. В чем же заключается дефект (если это дефект) правосознания нашего народа, отчего правовой аспект государственной идеологии традиционно остается в небрежении?

Россия не случайно называется иногда Евразийской цивилизацией. Ее история дает нам пример того, как причудливо могут переплетаться две основные мировые тенденции в понимании и оценке социальной значимости права. Если домонгольская Русь развивалась в русле западноевропейской традиции, где индивидуальное право вытекало из прав коллектива, но не поглощалось этими правами, то после монгольского владычества система ценностных ориентаций существенно изменилась. Доминирующим моментом в регулировании жизни социума становится восточная парадигма долга перед сообществом, прежде всего, государством в лице монарха. Если в Европе юриспруденция развивалась уже в XI веке как университетская наука, нацеленная на формулирование и теоретическое обоснование принципов права, то в России теоретиче-

⁴⁶ Тэтчер М. Искусство управления государством. М., 2003. С.312.

ское осмысление права, по крайней мере, до XVII в., не развивалось вовсе. Да и позднее зарождающаяся российская юриспруденция занималась преимущественно исследованиями законодательства, хотя и подкреплённые экскурсами в историю и теорию естественных прав⁴⁷. Системообразующими ценностями основанной на легистском правопонимании правовой идеологии со времен Петра I считались порядок, законность и общее благо, ответственность за обеспечение которых лежала на монархе.

Но подзаконность управления, работающего на систему, как это замысливал Петр I, работает преимущественно на обеспечение интересов верховной власти от «своевольного и своекорыстного извращения их подчиненными государственными органами» и никак не обеспечивает защиту населения от произвола управленцев⁴⁸. В свою очередь (и мы сталкиваемся с этим в последние годы в России) декларирование либеральных ценностей как основы целеполагания в управлении может, сознательно или нет, доводиться до абсурда и способствовать поощрению хищнических антиобщественных корыстных инстинктов, причем нередко реализуемых благодаря «лазейкам», существующим в пределах законодательного поля. Если право Другого не рассматривается в числе приоритетов, либеральная свобода выступает своим антиподом, оборачивается произвольным злоупотреблением правом.

Одной из причин искажения либерально-правовой и воспроизводства легистской модели правовой идеологии в России стала как раз стабилизация системы ценностей, которая предпочитает порядок свободе, а формальному равенству равенство фактическое. Традиционно доминирующий в России аксиологический строй «идеологизирует государство как высшую ценность, создает основу для формирования идеологии государственности, которая нередко перерастает в культ государства и государственной власти»⁴⁹. Основной лейтмотив этой идеологии – порядок и национальная безопасность, во имя которых можно жертвовать интересами частных лиц. Но это как раз и приводит к апологетике «сверху» и признанием «снизу» любого существующего в России государства и к отрицанию несогласующихся с идеологией реалий. Успешно решаемая на разных этапах нашей истории задача правовой идеологии - «организация и стандартизация сознания людей, управление людьми путем формирования определенного типа их сознания, удобного с точки зрения управления ими»⁵⁰.

⁴⁷ Радищев А.Н. Опыт о законодательстве. О добродетелях и награждениях. АН СССР. 1938. Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. Т. IV. М., 1816. Неволин К.А. Энциклопедия законоведения. М., 1839-1840.

⁴⁸ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1908. С.505.

⁴⁹ Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 153.

⁵⁰ Зиновьев А. А. Коммунизм как реальность // http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/History/zinov/05.php.

История этого направления идеологии достаточно стара и восходит к славянофильству, кредо которого: «Не говорите много о праве и правах и не очень слушайте тех, которые говорят о них; но слушайте охотно тех, которые говорят об обязанности, потому что обязанность есть единственный живой источник права...Знание обязанности связывает сильного, созидая и освящая права слабых»⁵¹. Таким образом, в основу взаимоотношений между государственной властью и народом пытались положить нравственность. Предполагалось, что для монарха превыше всего его нравственный долг перед отечеством. Поэтому славянофилы отрицали необходимость юридических гарантий внешней свободы подданного. Гарантия против произвола заключалась для них «в совести Монарха, в том, что называется страхом Божиим, в силе вещей, в логике событий, - в положении самодержца, возвышенном над всеми сословиями и партиями, в совершенной общности его интересов с государственною пользою и благом народным»⁵². Сила нашего государства виделась не в договоре народа с властью, а в нравственном убеждении, «сокровище России», в которое она всегда верила, отчего и не прибегала к договорам⁵³. Так и выстраивалась альтернативная правовой системе ценностей, где свободе противопоставлялся порядок, а субъективным правам и достоинству личности – государственная польза и народное благо.

Самовластный монарх Московского царства, который идеализировался славянофилами, воплощал в себе и государство, и закон, и правду. И хотя, на первый взгляд, это общий признак абсолютизма, существовала особенность, которой нельзя пренебрегать: у российской надзаконной власти подданный мог «просить милости, а не требовать права». Против незаконных распоряжений власти у него имелось «одно только средство защиты, жалоба по начальству, а не судебный иск»⁵⁴. Это обстоятельство отличало российский абсолютизм от западноевропейского, где судебная власть обособилась от административной значительно раньше, чем у нас, и нередко способствовала защите прав подданного в спорах с властями. К сожалению, многочисленные факты отечественной истории не подтверждают тезис о нравственном законе и доверии, лежащих в основе отношений русского царя с народом, а, скорее, характеризуют степень допустимости безнаказанного произвола любого лица, наделенного судебно-административными полномочиями.

⁵¹ Хомяков А.С. К сербам // Русский архив. Кн. 3. М., 1876. С.126.

⁵² Аксаков И.С. В русском самодержавии для нас залог истинной гражданской и социальной свободы // Государственный и земский вопрос. Статьи о некоторых исторических событиях. 1860-1886. Т. 5. М., 1887. С.140.

⁵³ Аксаков К.С. О том же / Государственный и земский вопрос. Статьи о некоторых исторических событиях. 1860-1886. Т. 5. М., 1887. С.18.

⁵⁴ Гессен В.М. Теория правового государства. СПб., 1912. С.7.

Впрочем, идея связанности государства этическими началами вполне здравая и не случайно была заимствована у славянофилов сторонниками правовых начал государственного порядка. Так, Н. Палиенко считал, что с «точки зрения понимания права как внешнеимперативных норм взаимоотношений, нельзя обосновать юридическую связанность государства самоопределением государства, так как такое самоопределение будет иметь свободный, не юридический, а нравственный характер». Однако учитывая наработки психологической теории права, он ищет объяснение правового ограничения государства еще и в стихийно формирующейся правовой идеологии, т.е. «в нормативном сознании той массы лиц, которую в конструкции государственных отношений противопоставляют государству как подданных и граждан, и с которыми государство, как субъект властвования, мыслится состоящим в юридических отношениях»⁵⁵.

Палиенко исходил из теории признания и считал, что нормы становятся обязательными, будучи признанными со стороны подвластных. Но и «властитель может быть связан устанавливаемыми им самим нормами не потому лишь, что обязательность этих норм основана на его собственном убеждении и желании, но и потому, что в той социальной массе, властителем которой он является, созрело сознание и признание обязательности и для него норм, декларируемых или устанавливаемых им самим. Тогда эти нормы отрешаются в сознании подвластных от воли властителя, объективируются и противопоставляются властителю как связывающее его внешнее определение деятельности, независимое от его произвола, субъективных убеждений и воли... Мы имеем тут не нравственное, свободное самоопределение властителя, а правовое, внешне-императивное его определение нормативными убеждениями подвластных»⁵⁶.

Альтернативная идеология формируется в России на базе осознания необходимости ограничения произвола государственной власти правом. Всерьез ставится вопрос о гарантиях прав подданного. Общество пореформенной России, вдохновленное либерализмом преобразований Александра II, начинает переводить рассуждения о народном представительстве в практическую плоскость. Однако условий, необходимых для реализации стремления подданных к участию в осуществлении государственной власти, создано не было. Попытки «верхов» отыскать компромиссные варианты дали толчок правительственному конституционализму. Конечно, далеко не все относящиеся к этой группе

⁵⁵ Палиенко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков, 1908. С.337.

⁵⁶ Палиенко Н.И. Учение о существе права и правовой связанности государства. Харьков, 1908. С.338.

проекты действительно имели в виду установление самодержавия на некоторых юридических началах, как это пытался сделать в свое время М.М.Сперанский⁵⁷. Впрочем, и в его проекте в основном речь шла о сохранении самодержавия, его лица перед международным сообществом, его стабильности внутри страны. Но и при царе-освободителе мало кто пытался толковать на уровне законопроектов о разделении властей и о законодательном представительстве.

Правительственному конституционализму, ярким представителем которого был М.М.Сперанский, противостояли традиционалисты. Убежденный последователь консервативных взглядов К.П. Победоносцев считал власть царя данной от Бога, вследствие чего она должна быть «свободна в законных своих пределах». А вот конституция, с его точки зрения, «есть орудие всякой неправды, источник всяких интриг»⁵⁸. К.П.Победоносцев не отрицает значимость понятий свобода, равенство, братство, признавая их «вечной истиной нравственного, идеального закона». Но он убежден, что попытка перенести эти принципы в область политики и права, «сделать формальное право, связующее народ между собой и с правительством во внешних отношениях» ведет к вырождению этих принципов и социальным катаклизмам. Причина в том, что народ не хочет смириться с формальностью этого права и желает от правительства немедленного устранения бедности, низкого состояния, нужды, самоограничения, повиновения. Разочарование в одних лицах и учреждениях ведет к их свержению для того лишь, чтобы убедиться в том, что и новые правительства не в состоянии выполнить обещанного⁵⁹.

Несмотря на всеобщее убеждение в необходимости более или менее влиятельного народного представительства, когда заходила речь о разумном сроке введения, компетенции народного представительства, средствах обеспечения верховенства закона и гражданской свободы, начинались разногласия. Так, сразу вставал вопрос о законодательном закреплении прав и свобод подданных, введении в устройство государственной власти элементов системы разделения властей. Многие понимали необходимость учета в ходе подобных преобразований специфики Российского государства и правосознания народа. Скажем, В.М.Гессен считал вполне оправданным делать поправку на то, что «необходимые социальные предположения, культурные и социальные основы республиканского строя не всегда и не везде имеются налицо... До тех пор, пока в сознании народных масс монарх остается живым

⁵⁷ Сперанский М. М. План государственного преобразования графа М. М. Сперанского: (Введение к Уложению государственных законов 1809 г.). М., 1905.

⁵⁸ Победоносцев К.П. Из речи на заседании Особого совещания 8 марта 1881 г. // Цит. по: Иванников И.А. В поисках идеала государственного устройства России. Ростов-на-Дону, 1995. С.65.

⁵⁹ Победоносцев К.П. Болезни нашего времени // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. М.,1993. С.82-83.

олицетворением государственной идеи, республика, как таковая, невозможна; ибо республика будет мыслиться как анархия, до тех пор, пока государство мыслится, как монарх»⁶⁰.

В основе официальной правовой идеологии времён Александра III лежало представление «о пагубности политических и юридических учреждений, оторванных от исторических устоев общества и не соответствующих быту и сознанию народа»⁶¹. Не случайно многие исследователи констатируют влияние К.П. Победоносцева, мнение которого не раз становилось ключевым в принятии императором государственных решений. «Отстаивая самым решительным образом неограниченность его верховной власти представительными государственными учреждениями и в целом конституцией, Победоносцев заботился о том, чтобы сохранить своему венценосному ученику всю полноту власти и соответственно максимальную и самую быструю степень воздействия на ход государственных дел. Он старался исключить любую возможность ограничения свободы государственной деятельности российского императора на благо русского народа»⁶².

Противоречивость пореформенной правовой идеологии самодержавия (и выражающего ее законодательства) имела в своей основе конфликт внутри официальной правовой идеологии, между старыми и новыми ценностными ориентациями, в том числе между задачей сохранения самодержавия и объективными потребностями общественного развития, с которыми нельзя уже было не считаться. Получившие университетское образование юристы, в том числе находящиеся на высших государственных должностях, осознавали себя носителями высокой идеи права и редко уважали прежний опыт. Между тем, старшее поколение сановников придерживалось прежних ценностей. «Существующая система была для них данностью, и они усвоили лежащую в ее основе идею покорности, которая позволяла им терпимо воспринимать то, с чем они сталкивались в служебной практике»⁶³. Более того: поскольку принципы устройства администрации в ходе реформ не менялись, система управления продолжала воспроизводить служащих старого типа, превыше всего ценящих порядок и дисциплину.

Отрицание прав человека как основополагающей ценности и критерия оценки позитивного права было унаследовано сторонниками евразийского и неоевразийского правопонимания. На первый план у них выступает идея

⁶⁰ Гессен В.М. Теория правового государства. СПб.1912. С.29.

⁶¹ Томсинов В.А. Конституционный вопрос в России в 60-х – начале 80-х годов XIX века. М., 2013. С.202.

⁶² Томсинов В.А. Конституционный вопрос в России в 60-х – начале 80-х годов XIX века. М., 2013. С.210.

⁶³ Уортман Р.С. Властители и судии. Развитие правового сознания в императорской России. М., 2004. С.344.

солидарности. Заметим, что ещё П.И. Новгородцев считал, что «свобода, отрицающая начала общей связи и солидарности всех членов общения, приходит к самоуничтожению и к разрушению основ государственной жизни... Подобно страсти к свободе, и страсть к равенству, если она приобретает характер слепого стихийного движения, превращается в «фурию разрушения». Он полагал, что, только подчиняя себя высшим началам, и равенство, и свобода становятся созидательными и плодотворными основами общего развития»⁶⁴.

Представитель российской ветви евразийства Н.Устрялов отмечал ограниченность практических возможностей идеологии, основанной на абстрактной абсолютизации права как социального регулятора: «Нельзя отрицать заслуг догматико-юридического метода; но, применяя его, нужно неотступно помнить, что он постигает государство, только выраженное в правовых нормах, государство, как юридический институт, как научную конструкцию. От него ускользает динамика живых явлений, он вынужден условно замыкаться в статике, в схеме своего предмета... Государство как таковое не может быть исчерпано всецело правом. Стихия власти в государстве неизбежно первенствует над стихией права. И власть эта не поддается полному растворению в праве, в «суверенитете права». Поэтому государственная идеология должна строиться и на этических принципах солидаризма: «Социальная солидарность есть такой закон природы человеческой, как и социальная борьба. Трудно оспаривать тезисы марксизма о классовой структуре современного общества... Но характерно для государства, что заинтересованное миром и порядком, оно стремится сглаживать, смягчать классовые противоречия... Государство – усложненная система политических рычагов и предохранительных клапанов, имеющая целью предотвращать классовые конфликты, или, по крайней мере, смягчать их болезненность»⁶⁵. Идеология солидаризма предполагает, что господствующие классы (социально защищенные, экономически преуспевающие слои общества) имеют долг перед социумом, несут социальную ответственность.

Очевидно, что актуальность подобных идей в наши дни сохраняется. Но абсолютизация категории долга, моральной, поскольку в этом случае не акцентируются корреспондирующие права, ведет к отрицанию значимости права. Как полагает А.Дугин, в концепциях сторонников «правового государства» игнорируется то обстоятельство, что сама апелляция к необходимости установления «правового государства» есть не более, чем очередное спонтанное и притом произвольное решение, не основанное ни на

⁶⁴ Новгородцев П.И. Демократия на распутье // Новгородцев П.И. Избр. Соч. М. 1995. С. 392.

⁶⁵ Устрялов Н. Власть и право // http://sr.fondedin.ru/new/fullnews_archto.php?subaction=showfull&id=1127824004&archive=1127825130&start from=&ucat=14&.

чем ином, кроме как на политическом волеизъявлении определенной группы. Таким образом, принятие или отрицание «правового государства», и вообще принятие или отрицание той или иной юридической модели должно быть сопоставлено не с волей группы, а с волей того конкретного народа или государства, к которым это предложение или волеизъявление обращены. Противопоставляя волю группы воле народа, противники либеральной идеологии прав человека утверждают, что она игнорирует национальные корни и представляет собой «искусственную и атомарную, количественную концепцию «прав личности», которая вытеснила собой органичную концепцию «прав народа», «прав государства» и т.д.⁶⁶.

Вышесказанное, на первый взгляд, не лишено смысла, однако следует иметь в виду, что вопрос о том, как выявить волю народа, кто возьмет на себя роль «говорящего от имени народа», а равным образом, какие процедуры сообщат легитимность такому решению, все равно остается открытым. А.Дугин приходит к выводу, что «имеет смысл, строго говоря, исключить само упоминание о правах из базового определения «евразийской юриспруденции» и говорить только об «обязанностях», что будет являться вполне симметричным западным концепциям «правового государства»⁶⁷. Странный вывод, если иметь в виду, что автор внимательно изучил труды Н.Алексеева, в том числе известную концепцию правообязанности, которую тот разрабатывал в эмиграции. Толкуя о правообязанности, как о разновидности правоотношений, Н.Алексеев четко проводит *идею неразрывности права и обязанности*⁶⁸.

И.А. Ильин честно заявлял, что русским вариантом правового государства должно оставаться самодержавие. Это форма, при которой монарх «знает законные пределы своей власти и не посягает на права, ему присвоенные», а потому самодержец не выше закона, а подчиняется этому закону⁶⁹. Таким образом, правообязанность подданного – это оптимизированная возможность исполнить обязанность, тогда как правообязанность монарха – это обязанность нести бремя своих прав. А.В. Поляков возводит эту модель, замешенную на идеализации опыта Московского царства, в ранг «архетипа российского политического сознания» и делает вывод, что именно «в силу этих особенностей русского менталитета правовое государство, принципиально отсекающее от себя все возможности служения идее, выходящей за рамки охраны прав человека и гражданина, не может удовлетворить подсознательные экспектации (ожидания) и запросы российского общества»⁷⁰. Но ведь никто и не предполагает

⁶⁶ Дугин А. Русская вещь // Карл Шмитт: пять уроков для России // <http://arcto.ru/article/23>.

⁶⁷ Дугин А. Предисловие к книге: Алексеев Н. Русский народ и государство. М., 1998. С.13-14.

⁶⁸ Алексеев Н. Обязанность и право // Русский народ и государство. М., 1998. С.155.

⁶⁹ Ильин И.А. Кто мы? // Сочинения. Т. 3. М., 1994. С.478.

⁷⁰ Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2001. С.321-322.

ограничиваться в социально-политическом регулировании исключительно идеей права. И, конечно, правовое государство, в котором потенциальный произвол органов власти ограничен правами граждан, может выйти и выходит за рамки служения одной идее.

Ещё один миф противников правовой идеологии либерального толка - представление о том, что в либеральном правовом государстве остается в небрежении идея обязанности каждого гражданина перед обществом, царит вседозволенность для избранных, лишь прикрываемая идеей формального равенства. Споры нет - крайние проявления либеральной правовой идеологии, воплощаясь в государственные практики, могут породить чрезвычайно жесткие меры. В этом граждане России могли убедиться на собственном опыте. Поэтому важность правового начала в идеологии государства никак не подразумевает отрицание иных социальных регуляторов, прежде всего, морали. И все же четко артикулированная и аргументированная позиция по вопросу о предпочтительной системе ценностных ориентаций и вытекающей из неё правовой идеологии необходима как методологическая основа для критики тех концепций развития современной России, которые предлагают сохранять неправовую идеологию, основанную на врожденном отрицательном отношении россиян к праву и государству, основанному на принципах права.

Ромашов Р.А.

Понимание права в России и на Западе: интеграция или конфронтация

1. Россия: часть мира или его центр

Россия, представляя собой сегмент цивилизационного мирового пространства, на разных этапах своей истории, по разному, позиционирует себя по отношению как к миру в целом, так и к его представителям.

Можно выделить две сменяющих друг друга модели мировосприятия:

- Россия – центр мира;
- Россия – часть мира.

Восприятие России в качестве центра мира (вселенной), первоначально обусловлено концепцией «Москва – третий Рим» (XVI в.). «Два Рима падоша, а третий стоит, а четвертому не бысти». В основе концепции, достаточно стандартная и не единожды используемая различными идеологиями, мысль о национальной исключительности «народа богоносца».

Самопровозглашение в XVIII в. Российской Империи, имело своей основной целью самоидентификацию российского государства как *одного из* европейских государств, развивающегося по европейским стандартам и в соответствии с европейскими ценностями. На тот период имперская форма государ-

ственного устройства (не зависимо от того, включалось слово империя в название государства или нет), являлась своего рода показателем «развитости» государства. Большинство развитых европейских государств и США, являлись государствами империалистического типа. Наличие колоний, являлось необходимой составляющей процесса государственного развития, а сами колонии рассматривались в качестве ресурсных придатков метрополий.

Россия, являясь империей, кстати, задолго до самопровозглашения себя в качестве таковой, никогда не была империалистическим государством. Сибирь и Дальний Восток, равно как и другие «окраинные территории», включенные в состав российского государства в период XVI-XIX вв. не рассматривались в качестве «придатков» европейской России, а являлись полноправными административно-территориальными образования в составе российского государства. Носители других религий, причислялись к инородцам, но на их социально-правовом статусе, это негативным образом не отражалось и по своим практическим возможностям, они мало чем отличались от представителей титульной нации – православных русских.

Советский Союз, по сути, возродил идею государственной исключительности, придав ей не религиозный, а идеологический характер. Причем, носителем коммунистической идеи предстояло стать, не какой-то отдельной, избранной нации, а наиболее прогрессивному интернациональному классу – мировому пролетариату. Победа коммунизма связывалась с отмиранием государства как инструмента классового принуждения и классовой борьбы. Но на промежуточном этапе социалистического строительства, функции флагмана и лидера всего «прогрессивного мира», возложил на себя СССР, первое в истории человечества, интернациональное государство в котором власть осуществляла диктатура пролетариата, впоследствии трансформировавшаяся в партийно-советский государственный механизм.

В зависимости от отношения к СССР и проводимой им геополитики, со стороны международного окружения, мир делился на три части: прогрессивное человечество, представленное странами социалистического лагеря и социалистической ориентации; «отмирающая, разлагающаяся часть мирового сообщества», объединяющая империалистические государства и развивающиеся страны с неокOLONIALными режимами. Третью часть составляли государства, не определившиеся в своем выборе направления стратегического развития. При этом в основу мировосприятия был положен догмат неизбежности мировой победы коммунизма.

Право в советском государстве – это инструмент государственной политики, используемый в государственных целях. Противопоставление социалистического и капиталистического миров, обусловило противопоставление социалистического (советского) и капиталистического (буржуазного) права. На идеологическом уровне в индивидуальное и коллективное правосознание со-

ветских людей внедрялись установки, которые с одной стороны, имели своим предназначением стирание национально-культурных различий, а с другой предполагали принудительную «русификацию и советизацию», всех тех, кто попадал в «сферу влияния» социалистического государства и права.

Советское право являясь «самым передовым» правом мира, отрицало применительно к советскому государству такие «язвы империализма и неокOLONиализма» как организованную преступность, межнациональные конфликты, насилие в семье и т.п. Криминальное сообщество воспринималось как «наследие старого мира», имеющее тенденцию к вырождению и отмиранию. В основу правоохранительной деятельности был положен тезис об окончательном искоренении преступности и уничтожении ее как социального явления.

Кризис коммунистической идеологии, распад СССР и крах мировой социалистической системы, обусловили появление новой ойкумены – постсоветского пространства. Причем эта пространственная сфера распространяется как на представителей бывшего социалистического мира, так и на наших идеологических противников, для которых разрушение противостоящей системы, означало появление проблемы организации дальнейшего мироустройства и выбора путей и средств поддержания и защиты мирового правопорядка.

Говоря о месте России в постсоветском мире, следует, прежде всего, признать, что Российская Федерация как одна из 15 бывших союзных республик, не смотря на заявленное правопреемство СССР, безусловно, не стала тем центром мировой силы, которым, в рамках мировой социалистической системы, являлся Советский Союз. В настоящий момент РФ, безусловно, представляет собой сильное государство, с самостоятельной внутренней и международной политикой. Однако, это всего лишь *одно из* сильных государств, имеющих в своем активе ядерное оружие и космические программы. Россия не воспринимается в качестве «мирового центра» ни собственным народом, ни международным сообществом. Вместе с тем, на уровне высшей государственной власти сохраняются имперские амбиции, связанные с попытками доказать человечеству особое место России в мировой истории и в современном мироустройстве. В историческом контексте основное внимание уделяется стремлению показать главенствующую роль России в победе во Второй мировой войне. Если же рассматривать современный мировой порядок, то это попытка противопоставления мира Российской Федерации миру Запада (в первую очередь представленному Европой и США) и силового противостояния с этим миром.

2. *Россия и Запад: насколько российская культура может считаться европейской*

Вопрос о том имеет ли Россия отношение к Европе и является ли российская, а точнее русская национальная культура сегментом европейской культуры относится к числу «вечных».

С одной стороны, мы с гордостью вспоминаем победы русского воинства над западными, считай европейскими, захватчиками, при этом одновременно воспеваем жертвенность русского народа заслоняющего собой Европу от нашествий «восточных варваров». «Окно в Европу», «прорубленное» Петром Великим, так же представляется весьма символическим показателем наличия незримой и вместе с тем реальной стены отделяющей Европу от России. Причем, если обратиться к архитектурному аналогу, то очевидно, что окно представляет собой проем, предназначенный в первую очередь для наблюдения за соседями и проветривания помещений. В гости через окна, как правило, не ходят, к тому же окно, в любой момент можно забрать решеткой, либо закрыть глухими ставнями. А. Блок в своих знаменитых «Скифах» восклицает: «Да, Скифы - мы! Да, азиаты - мы, - С раскосыми и жадными очами! Для вас - века, для нас - единый час. Мы, как послушные холопы, Держали щит меж двух враждебных рас - Монголов и Европы!»⁷¹. В этих строках, отражается как минимум две важнейшие черты свойственные русской ментальности: сиюминутность бытия, «вырванного» из единого культурно-исторического контекста («Для вас – века, для нас – единый час») и враждебная отстраненность к чуждым культурам, к которым в одинаковой степени относятся и европейская (западная) и монгольская (восточная). Так же очень интересно и то, что «щит меж двух враждебных рас» русские держат «как послушные холопы», беспрекословно выполняющие любое распоряжение властного господина – государя.

С другой стороны, то обстоятельство, что Россия преимущественно заселена представителями европеоидной расы, а значительная часть ее государственной территории располагается в пределах Европы как части света, позволяет утверждать, что Россия является частью Европы, а русские люди могут считать себя европейцами. Сразу возникает вопрос, будем ли мы в качестве европейца воспринимать негроида – гражданина Франции, либо монголоида – подданного Великобритании? Достаточно ли для причисления к европейской культуре жить в Европе и разговаривать на одном из европейских языков, к числу которых, кстати, русский язык никогда не относился.

В Российской Империи в качестве составных частей выделялись Европейская Россия, Привислинский край (губернии), Кавказ, Сибирь, Туркестан и Степные области, Финляндия. При этом все подданные империи делились на две категории: русских и инородцев. Русскими считались носители Православной веры, соответственно инородцами – иноверцы. Название территориального сегмента Российской Империи Европейской Россией, не имело отношения к политико-территориальному делению государства, в основу которого, начиная с Петровской эпохи, был положен губернский принцип территориального раз-

⁷¹ Блок А. Скифы // <http://ilibrary.ru/text/1233/p.1/index.html>.

граничения. После Октябрьской революции 1917 г. Европейская Россия исчезла, а ее место в структуре советского государства заняла РСФСР утратившая Украину и Белоруссию, зато вошла Сибирь, а в настоящее время в Российской Федерации, по сути своей имеет место своего рода «возврат истории» когда формальный статус субъектов напоминает период «собираения земель русских» в единое московское государство. До того как войти в Московию, Рязань, Владимир, Тверь и т.п. были самостоятельными государствами, представлявшими Русь, но не Россию. При этом наряду с Московской Русью, достаточно длительный исторический период существовала Литовская Русь, которая так же претендовала на, говоря современным языком, статус «сверхдержавы».

Полагаю, что ни Русь, ни Россия не могут рассматриваться в качестве Европы. В свою очередь, ничего в конструктивном отношении не дает ни восприятие нашей страны в качестве восточной (азиатской), ни евразийской (евроазиатской). Россия, так же как, к примеру, США, представляет собой «национально-культурный микс». Говорить о России как о едином национальном государстве («Всея Руси»), можно с конца XV-го века, говорить о России как о едином народе сплоченном не только единой высшей государственной властью, но и общей историей, землей и верой, нельзя вплоть до сегодняшнего дня. В основу российской государственности были изначально положены две основополагающие национальные идеи: государственной иерархии и государственной веры - православия.

Государственная иерархия основывается на выстраиваемой «вертикали власти» в соответствие с которой, все вышестоящие начальники являются господами для нижестоящих. Последние, не зависимо от должностного положения и социального статуса, выступают в качестве бесправных подданных - холопов. «Главным господином» в такой системе властеотношений, является глава государства – царь (император), по отношению которому все подданные не более чем «слуги/холопы государевы».

Православие как государственная религия, с одной стороны предполагает придание РПЦ привилегированного положения по сравнению с другими религиозными конфессиями, а с другой стороны, подчиненное по отношению к государству и государю положение самой церкви. В России нельзя говорить об отделенности РПЦ от русского государства. Все, что есть в государстве, включая веру, есть собственность государства (государя). Наглядный пример этому был продемонстрирован в ходе 70-летнего советского эксперимента, когда государство насильственным образом поменяло православную идеологию на коммунистическую, обеспечиваемую всем набором государственных средств, в том числе средствами государственного принуждения и устрашения. Соответственно, «возврат в лоно Православия», представляет собой, в первую очередь результат изменения государственной политики, а не «воцерковления» русского народа.

В таком понимании нет ничего удивительного в том, что «народ-богоносец», при одной политической власти добровольно разрушал церкви и зверски убивал священнослужителей, а при другой, демонстрирует всемерное приятие православных церковных канонов.

Европейское феодальное государство строилось на принципах сюзерально-вассальных отношений, в рамках которых устанавливалось, что «вассал моего вассала, не мой вассал». Такое взаимодействие исключало «сквозную властную иерархию» и обуславливало определенный уровень личной свободы подданных в отношении властителей. Примером проявления такой свободы является подписание английским королем Иоаном Безземельным в 1215 г. знаменитой «Хартии вольностей». Бароны, фактически принудив короля к подписанию Хартии, пошли не по традиционному для всех авторитарных режимов правления пути замены «неудобного» государя «удобным», а ограничили королевский абсолютизм посредством правового акта, что являлось наглядным свидетельством уважения как к легальной власти короля, так и к силе воплощенного в праве закона.

Католическая церковь, будучи «вселенской», изначально строилась на интернациональной основе и была отделена от конкретного государства. Такое отношение обуславливало разделение светской и духовной власти, каждая из которых пыталась оказывать воздействие друг на друга, оставаясь при этом автономными и относительно самостоятельными.

Деление Европы на западную и восточную, есть следствие деления на западный и восточный Великого (единого) Рима. Раскол христианства, обусловил распад Империи и как следствие появление двух направлений культурного развития: западного (католического) и восточного (православного). Современная Европа, предполагает безусловное давление западного сегмента над восточным. При этом следует понимать, что Восточная Европа не имеет никакого отношения к Азии, и что когда Р.Киплинг говорит о том, что «Запад есть запад, восток есть восток, и вместе им не сойтись», он не имеет в виду ни раскол христианства, ни разграничение Европы на западную и восточную. Использование географических направлений «запад - восток», «север - юг», носит, сугубо условное значение и сводится к необходимости обозначения противостоящих сил, подобных задействованным в учениях условным противникам, для удобства называемых «красными и синими».

Россия не является Европой, западная Сибирь не имеет отношения к Западу, Тихий океан вовсе не тихий. Что следует из сказанного? Прежде всего, то, что соотнесение различных по содержанию объектов, показывает их неодинаковость и нетождественность друг другу. Определение имеющих различий, не означает их оценки с точки зрения «хуже – лучше», поскольку отсутствует объективный критерий оценки и объективный, не-

предвзятый оценщик. Россия не Европа, русский язык не относится к группе европейских (романо-германских) языков, русская культура не является частью европейской культуры. Сказанное не означает, что Россия хуже Европы, либо лучше ее, Россия просто другая, и все. Сегодняшняя Россия имеет свою собственную историю, в которой нет периодов европейской античности, средневековья, возрождения, нового и новейшего времени. Мы живем в собственном временном измерении и в собственном социально-культурном контексте. Попытка наложить на него европейский масштаб, столь же бесполезна, сколь бесполезна попытка заставить Европу жить по меркам русской правды и русской справедливости. Можно ценить культуру другого или уничтожать ее, но нельзя отрицать самого факта ее существования.

Европа и Россия – разные культурные среды, разные разумные вселенные (ойкумены), которые относятся друг к другу иногда как к партнерам, чаще как к врагам. Начиная с определенного исторического периода, Европа и Россия вступают в коммуникацию, в рамках которой происходит их взаимодействие и взаимное влияние. Выход из этой коммуникации, в обозримой перспективе невозможен. Следовательно, не столько важно то, является ли Россия Европой, либо входит ли Россия в Европу, сколько то, каким образом России с Европой взаимодействовать и что Россия от этого взаимодействия надеется получить.

3. Понимание права и закона в русской и западно-европейской (романо-германской) юридико-лингвистической традиции

Закон в современном русском юридическом языке понимается в нескольких смыслах:

– как название нормативного правового акта обладающего высшей по сравнению с другими нормативными правовыми актами юридической силой (федеральный закон – в смысле отдельный закон (ФЗ «О государственной тайне»), закон субъекта федерации);

– как собирательное понятие, обозначающее совокупность источников права – нормативно-правовых актов, регламентирующих ту или иную сферу правового регулирования (федеральный закон в смысле законодательство: п. 1. ст. 120 Конституции РФ - «Судьи... подчиняются только... федеральному закону», УК РФ – уголовный закон и т.п.). В данном контексте понятие «закон» тождественно понятию «законодательство».

В свою очередь слово «право» понимается в следующих контекстах:

– право как правовая культура (правовая жизнь, правовая реальность);

– право как нормативная система, включающая нормы позитивного (вновь создаваемого) и естественного (объективно сложившегося и открываемого в процессе социально-правового развития) права;

– право как отрасль (сфера) правового регулирования (уголовное право, гражданское право, административное право, международное право, право прав человека и т.п.);

– право как совокупность правомочий и обязательств лица (субъективное право);

– право как ценностная характеристика (правовой/неправовой закон; правовое государство).

Говоря о соотношении понятий «право» и «закон», следует иметь в виду следующие подходы.

Во-первых, данные понятия воспринимаются как тождественные категории. В данном случае используются термины «позитивное право» и «законодательство». И в том, и в другом случаях имеют в виду управленческие системы, посредством которых централизованно упорядочиваются и охраняются наиболее значимые общественные отношения.

Во-вторых, закон воспринимается в качестве элемента системы формально-юридических источников права – вида нормативного правового акта.

В-третьих, право и закон соотносятся как содержательная субстанция и юридическая форма. Именно подобное понимание названных категорий предопределяет вопросы о том, может ли закон быть неправовым, и может ли право существовать, не будучи выраженным в законе (в смысле в законодательстве). Попытки однозначного ответа на поставленные вопросы заведомо бесперспективны и обусловлены, прежде всего, тем, что при одних обстоятельствах мы воспринимаем слова «право» и «закон» как тождественные категории, а при других – эти же слова противопоставляем. Как правило, проводимое противопоставление основывается на достаточно примитивной логике, в соответствии с которой закон может быть как хорошим (правовым), так и плохим (неправовым), но при этом право в любом случае выступает как неизменное (с точки зрения социальной ценности) мерило добра и справедливости⁷². Подобный подход в большей степени свойственен теологии, апеллирующей к Божественной благодати, нежели к юриспруденции, в основу которой положены не столько категории борьбы добра со злом (греха с добродетелью), сколько принципы состязательности позиций сторон, каждая из

⁷² В контексте подобного понимания вполне допустимо существование взаимоисключающих позиций. Нарушение законов государства – преступление, влекущее наказание за нарушение конкретного закона. Исполнение закона государства в том случае, если этот закон является неправовым (несправедливым, бесчеловечным и т.п.) – преступление, влекущее наказание за законопослушное, но противоправное поведение. Второй вариант возможен только в том случае, если перестала существовать система законодательства объявленного неправовым. Фашистских преступников судили не потому, что они нарушали законы своего государства, а потому, что государство, которому они служили, проиграло войну. В противном случае, ситуация бы повторилась зеркально, с той лишь разницей, что места обвиняемых заняли бы представители антигитлеровской коалиции.

которых настаивает на собственной правоте. В данном случае следует помнить значение слова «право» как направления движения. Это направление может быть задано в приказном порядке, а может быть избрано самостоятельно. Если право выбора принадлежит субъекту, то он реализует его так, как видится правильным ему, при этом права других, следовательно, и другие правила (в смысле направления деятельности), воспринимаются как опосредованные собственной правотой категории.

Законы (в смысле законодательные акты) пишут, принимают и применяют живые люди, следовательно, разговоры о правовой/неправовой природе законов, прежде всего, предполагают наличие/отсутствие правовой культуры у законодателей, законоприменителей и правоисполнителей. Но в подобном понимании слово «закон» утрачивает свой изначальный смысл – объективность⁷³. Если то, что мы называем законом, по сути своей субъективно и зависит от воли конкретного человека (группы людей), то это – не закон в собственном смысле, а установленное (путем индивидуального либо коллективного волеизъявления) правило поведения, которое в зависимости от обстоятельств может быть исполнено тем, к кому оно адресовано, либо нет. В предлагаемом контексте речь следует вести не о законе как таковом, а об указе (уставе)⁷⁴ – совокупности правил поведения, обеспечиваемых гарантиями и санкциями со стороны центра публичности, принимающего соответствующий документ⁷⁵.

Обобщая сказанное, следует сделать следующий вывод. В современном русском юридическом языке имеет место смешение лингвистических (речевых) и субстанциональных (сущностных, содержательных) нагрузок терминов «право» и «закон». В зависимости от обстоятельств эти слова используются в разных смыслах, что в конечном итоге обуславливает неразрешимость проблемы

⁷³ Если рассматривать закон как объективное право, то он должен обладать следующими качествами:

- закон является общеобязательным не зависимо от участия в его разработке и принятии конкретного субъекта;
- закон считается истинным (правильным, правовым), не зависимо от субъективной оценки его положений отдельными лицами;
- закон получает реализацию как в случае законопослушного, так и в случае противозаконного поведения субъекта.

⁷⁴ Думается, что изначальное слова «устав» и «указ» носили практически тождественный характер и выступали как персонифицированные волеизъявления суверена (государев указ) с той лишь разницей, что устав (от слова установленный – окончательно закрепленный) носил однозначно императивный характер, а указ (указание вариантов возможного, должного, недопустимого поведения) содержал в себе некоторую диспозитивность, связанную с выбором возможных средств и методов реализации властного предписания.

⁷⁵ Указ (устав) может иметь статус закона как обладающего наибольшей юридической значимостью документа. К примеру, силой закона в сфере военной службы обладает Воинский устав, основным законом для большинства субъектов Российской Федерации является Устав субъекта, Указы Президента Российской Федерации при определенных обстоятельствах наделяются юридической силой федеральных законов.

их соотношения. Представляется, что снять остроту дискуссии можно, если развести смысловые нагрузки данных слов и в дальнейшем сравнивать лишь однопорядковые категории. В частности, говоря о праве, следует различать право объективное (право, действующее в отношении субъектов, независимо от воли субъектов) и субъективное (право на притязание, определяемое волей субъекта), право как единую систему (российское право) и право как отраслевой элемент системы (уголовное право, гражданское право, административное право), национальное право как продукт внутригосударственной деятельности и международное право, позитивное (создаваемое посредством нормотворческой деятельности) и естественное (существующее вне зависимости от юридического оформления и государственного санкционирования) право. При использовании слова «закон» следует различать значения закона как объективного позитивного права (судьи подчиняются федеральному закону), источника отраслевого регулирования (уголовный закон), типа нормативно-правовых актов (при этом наряду со словом «закон», для обозначения «законов Российской Федерации» используются такие слова как «устав», «кодекс», «указ»). Следует отметить, что само по себе подобное словесное многообразие, не способствует восприятию закона как акта ВЫСШЕЙ юридической силы, что автоматически влечет снижение юридического авторитета ЗАКОНА⁷⁶ и, как следствие допущение возможности его неисполнения.

Для западноевропейской (романо-германской) языковой группы, соотношение феноменов право и закон не столь проблематично, поскольку, данные понятия не только обозначаются разными словами, но и наполняются различными смысловыми нагрузками.

В английском юридическом языке слова law и right используются в совершенно разных смыслах исключая их отождествление. Law – это целостная категория, включающая в себя все многообразие подходов к публичному праву, законодательству в целом, отраслевому законодательству, то есть всему тому, что в русском языке относится к объективному (по отношению к конкретному субъекту) праву. Right – это субъективное право, в различных его формах и проявлениях, что же касается названия вида нормативно-правового акта, принимаемого парламентом, то используется слово statute (устав)⁷⁷. Названные категории в силу их содержательного различия не могут пониматься друг через друга, а значит и не вступают в смысловое противоречие. Можно говорить о том, насколько law – выраженное в statute (принятом парламентом

⁷⁶ Достаточно образно пренебрежение к восприятию закона в российской социально-правовой традиции отражено в известной поговорке «Закон что дышло, куда повернул, то и вышло».

⁷⁷ То, что переводится на русский язык как статутное право, точнее было бы назвать уставным нормотворчеством.

уставе) и *legislation* (законодательстве), соответствует *natural law* (дословно – естественному закону), однако это проблема соотношения смыслов, но не категорий.

Соотношение понятий «право» и «закон» во французском языке имеет ярко выраженное сходство с английской традицией. Для обозначения объективного права (закона в собственном смысле) используется слово *loi*. Естественное право переводится как *loi de la nature* (дословно – закон природы или естественный закон). Слово *droit* (право) используется для обозначения отраслей и сфер правового регулирования (*droit international* – международное право), а также для обозначения субъективного права (*droit de vot* – право голоса). Получается, что *droit* - это часть *loi* как нормативной системы. Что касается обозначения актов парламентского нормотворчества, то используется два слова слово *loi* (закон) и *code* (кодекс). Таким образом, рассмотрение *loi* – закона как продукта официального нормотворчества (кодифицированного и некодифицированного) сочетается с его восприятием в качестве *loi* – системы объективного права, складывающейся из позитивного права, основанного на *legislation*, и естественного права, основанного на *loi de la nature*. В отличие от английского языка, во французском слово *statut* используется для обозначения актов корпоративного нормотворчества (уставов общественных объединений, коммерческих организаций и т. п.), которые ни при каких обстоятельствах не могут рассматриваться в качестве закона.

Что касается соотношения понятий «право» и «закон» в немецком языке, то оно, по сути, тождественно русской юрико-лингвистической традиции. На немецкий язык слово право переводится как *Recht*, этим же словом переводится и термин законность (хотя, на наш взгляд, более точным было бы говорить о правопорядке), так же, как и в русском языке, *Recht* используется в достаточно широком смысле для обозначения права вообще – национального и международного права, отраслевого и субъективного права. Закон по-немецки – *Gezetz*. Так же, как и в русском и во французском языках, *Gezetz* используется и для обозначения закона в смысле объективного права и для наименования актов федерального законодательства и законодательства земель. Слово *Statut* используется аналогично французской традиции, для наименования источников корпоративного права, являющихся производными по отношению к *Gezetz*.

На основании проведенного анализа можно сделать вывод о том, что проблема соотношения понятий «право» и «закон» является ключевой для определения типа правопонимания. Однозначное решение данной проблемы невозможно. Следовательно, не имеет смысла пытаться такое решение выработать. Однако вполне можно договориться о содержании понятий, обозначаемых названными словами в определенном языковом поле, с тем, чтобы впоследствии избегать внутренних противоречий в выстраиваемых логических (философских) и практических (формально-юридических) конструкциях.

4. *Правовосприятие в постсоветском пространстве*

Понимание, а точнее восприятие права в постсоветском пространстве имеет определенную специфику.

Если в советской юриспруденции противопоставлялись советское и западное (буржуазное) государство и право, то в современных условиях, право рассматривается как деидеологизированный феномен, не зависящий по самому факту своего существования от формы государства.

Безусловное доминирование нормативизма сменилось плюрализмом правопонимания. Причем, если в период кризиса советского строя и в начале постсоветской эпохи, активно продвигалась концепция «возрожденного естественного права» (Кузнецов Э.В., Поляков А.В.), то с достижением политико-правовой стабильности усилилась тенденция выдвижения интегративных концепций правопонимания (Нерсесянц В.С., Поляков А.В., Ромашов Р.А., Честнов И.Л.).

Постсоветское правовое пространство приобрело большую степень открытости по отношению к правовым системам Запада. Разрушение семьи социалистического права, обусловило переход (по крайней мере, теоретически) вновь образованных национальных правовых систем в романо-германскую правовую семью.

Произошла качественная переоценка правовых идеалов и ценностей. В основу представлений о правовых ценностях была положена западная ценностно-правовая парадигма основанная на восприятии человека, его прав и свобод в качестве основной ценности. Вместе с тем, на официальном уровне, неоднократно говорилось и особенно много говорится в настоящее время о неприемлемости для России «западного ультралиберализма»⁷⁸.

Международное право стало рассматриваться в качестве элемента правовой системы России. При этом на конституционном уровне получил закрепление принцип приоритета международного права по отношению к национальному законодательству. Однако, точно так же как и в отношении западных правовых ценностей, в отношении этого принципа в последнее время раздается все более активная критика. Так, в своем опубликованном докладе Председатель СКР Александр Бастрыкин, предложил исключить из Конституции положение «о безусловном приоритете норм международного права над национальным законодательством», поскольку «указанное положение работает против интересов России». Следовательно, его изъятие из конституционного текста «укрепит независимость Российской Федерации в правовой сфере, вернет ее к лучшим традициям отечественного судопроизводства»⁷⁹. В свою очередь, Президент Рос-

⁷⁸ Выступление Владимира Путина на заседании клуба «Валдай» // http://www.ng.ru/politics/2013-09-20/1_identity.html.

⁷⁹ РБК: <http://top.rbk.ru/politikus/26/02/2015eefbcf9a79472dbc123b5e>.

сии В.В. Путин, во время встречи с представителями думских фракций в Ялте, в августе 2014 года заявил, что Россия может выйти из под юрисдикции Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), если тот продолжит принимать решения, которые российские власти считают политизированными⁸⁰.

Распад СССР обусловил возникновение множественных межнациональных и межрегиональных конфликтов, сам факт которых послужил опровержением доктрины бесконфликтного советского общества и «братской сплоченности» народов образовавших «многонациональную общность советский народ». На современном этапе как минимум треть бывших братских союзных республик, на межгосударственном уровне относятся к России как к враждебному государству. В такой ситуации, по крайней мере, сомнительна незыблемость и историческая неизменность общности «многонациональный народ Российской Федерации» получившей свое закрепление в действующей Конституции России.

Если рассматривать правосприятие, в сфере внутригосударственного права, то следует, прежде всего, акцентировать внимание на усилении внимания отечественных криминологов к таким, ранее закрытым проблемам, как национальная организованная преступность, экономическая преступность, коррупция, противодействие наркотизму, терроризм. При этом следует признать, что размах перечисленных видов криминальной деятельности произошел в последние годы и не может рассматриваться в качестве «наследия советского прошлого», либо «тлетворного влияния Запада».

И, наконец, такая излюбленная для специалистов в области правосознания и правовой культуры тема, как правовой нигилизм. Полагаю, что говорить об усилении правового нигилизма в современном российском праве по меньшей степени некорректно. После фактического правового хаоса, разразившегося на начальном этапе становления «новой» России (последнее десятилетие XX в.), в стране, начиная с 2000 г., наблюдается устойчивая тенденция к стабилизации и усилению государственного контроля, практически во всех сферах жизнедеятельности. В такой обстановке говорить об усилении нигилистических настроений российских граждан, а также об утрате действующей системой национального российского права своей регулятивно-охранительной функциональности, на мой взгляд не приходится. Об этом же свидетельствуют опросы общественного мнения, фиксирующие согласие большинства россиян с проводимой государством правовой политикой, поддержкой властных структур и, в особенности, главы государства – Президента России. Сказанное не есть повод для победных реляций, поскольку свидетельствует не столько об успехах нынешнего руководства в деле развития государства, сколько о социальной стаг-

⁸⁰ РБК: <http://top.rbk.ru/politikus/26/02/2015eefbcf9a79472dbc123b5e>.

нации, когда отсутствие четких и воспринимаемых как лично значимых перспектив развития государства и общества порождает равнодушное обывательское отношение граждан к государственной политике, в том числе, в сфере правотворчества и правоприменения, и когда отсутствие протестной активности сопровождается вместе с тем равнодушным, отстраненным отношением к решению задач, от которых непосредственным образом зависит сохранение и поступательное прогрессивное развитие российской государственно-правовой системы, не просто противопоставляемой западному аналогу, но способной к реальной конкуренции с ним.

О.В. Аверьянова

Многообразие понимания современных типов сущности права

Право – это совокупность норм равенства и справедливости, регулирующих согласование и борьбу свободных волей в их взаимоотношении друг с другом, признаваемых в данном обществе и обеспеченных защитой государства.

Наличие многих концепций на происхождение и сущность права позволяет рассмотреть такое сложное явление как право с разных сторон. Что дает возможность в процессе правотворческой деятельности отыскивать для закрепления в качестве норм права правила поведения с учетом различных факторов.

В основе современного подхода лежит понимание права как метода регуляции общественных отношений. Основой такого регулирования является равенство всех субъектов права, т.е. правовое равенство⁸¹.

Правовое равенство – это не просто юридически формальная мера единого и общего для всех, нечто отвлеченное и абстрактное, а возведенная в закон и выраженная в правовом положении субъектов права, общая для всех мера исторически допустимых и завоеванных человечеством справедливости, свободы и ответственности. Этим и объясняется высокая социальная значимость правового равенства в жизни любого общества.

Правовое равенство относится к числу тех явлений социальной жизни, которые напрямую и непосредственно характеризуют качественные параметры существования и функционирования любого государственно-организованного общества. Оно не без оснований признано человечеством и важнейшим условием, и универсальной формой, и общепринятым ориентиром его нормального и динамичного развития. Такое значение правового равенства в жизнедеятельности общества связано с его способностью устанавливать в социуме юридиче-

⁸¹ Богуславский М.М. Право. М.: Международные отношения, 2009. 368 с.

ское равновесие, то есть выступать в роли универсального способа сочетания интересов отдельных людей, социальных групп и слоев населения, разных народов и национальностей.

В реальности люди, т.е. субъекты права, фактически обладают различными имущественными правами, социальным статусом, индивидуальными знаниями и навыками, а, следовательно, и различными возможностями в жизни.

Формальное (правовое) равенство - это то, что отрицается фактическим равенством. Если рассматривать фактическое равенство, то оказывается, что оно существует рационально только как отрицание. В качестве утверждения - это иррациональная, вербальная конструкция, подразумевающая нечто иное, чем равенство. Именно благодаря своей формальности равенство может стать и реально становится средством, способом, принципом регуляции фактического, формальным своеобразным и формализованным измерителем всей фактической действительности⁸².

Принцип формального равенства представляет собой постоянно присутствующий праву принцип с исторически изменяющимся содержанием. В целом историческая эволюция содержания объема, сферы действия принципа формального равенства не отвергает, а наоборот, подкрепляет значение данного принципа в качестве отличительной особенности права в его соотношении с другими социальными регуляторами. С учетом этого можно сказать, что право - это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.

Право как форма регуляции отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает и не может уничтожить исходных различий между разными индивидами, но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные формальные в формально определенные неравные права свободных, независимых друг от друга личностей. В этом по существу состоят специфика и смысл, границы (и ограниченность) и ценность правовой формы опосредования, регуляция и опосредования общественных отношений.

Право преобразует фактические различия между людьми в порядок равенств и неравенств, согласованных по единым нормам. Другие концепции понимания права, как отрицающие правовое равенство, так и отвергающие свободу в пользу принудительного уравнивания, являются, по сути, обоснованием произвола.

Равные права свободных членов общества охватывают все сферы жизни человека, включая и экономические (базовые для его физического существования), а собственность является основой этих отношений, таким образом, право на собственность есть основа для свободы и права.

⁸² Садиков О.Н. Правовое регулирование. М.: Юридическая литература, 2010. 288 с.

Право содержит в себе такую важнейшую категорию как справедливость, т.е. право по определению справедливо.

Справедливость как принцип права (формальная справедливость) не сливается с самими этими притязаниями и не является нормативным выражением и генерализацией какого-либо одного из таких частных интересов, а оценивает их формально-равным, а потому и одинаково справедливым для всех правовым мерилom.

При этом, несмотря на многообразие точек зрения, если справедливости придавать правовое значение, то можно выделить два основных подхода к ее пониманию: субъективный и объективный.

При субъективном подходе справедливость рассматривается как добропорядочность (добросовестность) какого-либо лица. Данный подход сформировался в английском праве. Исходя из того, что в прецедентном праве норма права создается судьей, вопрос определения недобросовестности относится к категории установления факта несоответствия поведения лица требованиям добропорядочности, определяемых исходя из совести судьи (конструкция недопущения несправедливости). В связи с этим в данном случае основополагающее значение приобретают моральные качества, независимость и компетентность судьи⁸³.

В объективном смысле справедливость понимается как соответствие праву. Данный подход характерен для государств романо-германской правовой семьи. В государствах этой правовой семьи добросовестность является самостоятельным правовым принципом⁸⁴.

Справедливость - это именно внутренне свойство права, а не внеправовая категория (религиозная, моральная, нравственная, социальная, в которых она активно используется). Справедливость в праве означает «наличие в отношениях между людьми правового начала и выражает его правильность и необходимость»⁸⁵.

Можно сказать, что действовать по справедливости - значит поступать согласно всеобщим и равным требованиям права, которые обязательны для всех членов общества, включая и носителей государственной власти, устанавливающих конкретную правовую норму. Отрицание правового и всеобщего характера справедливости ведет к тому, что под справедливостью начинают понимать неправовое начало (требование под лозунгом справедливости либо привилегий, либо уравниловки; удовлетворение чьих-либо политических, экономических, социальных, религиозных интересов).

⁸³ Кузнецов М.Н. Общая теория права: историко-теоретический анализ. М.: Издательство УДН, 2013. 69 с.

⁸⁴ Садиков О.Н. Правовое регулирование. М.: Юридическая литература, 2010. 288 с.

⁸⁵ Абдулаев М.И. Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений. М.: Финансовый контроль, 2011. 410 с.

Право возникает из необходимости управления социальными процессами и их упорядочения, в условиях их развития и совершенствования.

Возникновение права обусловлено либо материальными причинами (когда юридическая форма закрепляет уже сложившиеся отношения в обществе, например, в экономике), идеологическими (когда государство закрепляет еще полностью не сложившиеся отношения, сознательно и активно способствуя их утверждению в общественной жизни), историческими (когда непосредственной основой возникновения права может служить юридическая практика), нравственными (когда правовые нормы заимствуются из религиозных текстов), международными (когда нормы международных правовых норм инкорпорируются в национальное законодательство)⁸⁶.

Нормы права реализуются через деятельность людей, и потому в юридической теории принято говорить о двух сторонах права – объективной и субъективной, взаимодействие которых воплощает в жизнь принципы права.

В случае если речь идет о совокупности юридических норм, относящихся ко всем лицам, подчиняющимся их действию, то такая совокупность составляет право в объективном смысле (в данном случае - гражданское право).

Такие нормы сами по себе не порождают прав и обязанностей для отдельных (конкретных) лиц. Они и лишь предназначены для регулирования тех отношений, которые способны сложиться между отдельными лицами в гражданском обороте.

Несколько упрощая, можно пояснить это так: наличие в Гражданском кодексе норм о договоре, к примеру, займа, не означает, что в обязанности участников гражданских правоотношений входит заключение договоров займа. Конечно, кодекс или иной источник гражданского права не может не закреплять те или иные гражданские права или обязанности, но для того, чтобы они возникли у конкретных лиц (стали их субъективными правами), крайне важно наступление обстоятельств, приводящее в движение механизм гражданского регулирования.

Такие обстоятельства прямо предусматриваются объективным правом и именуется юридическими фактами. Порождаемые ими отношения и являются гражданскими правоотношениями, а правомочия, возникающие у их участников, - их субъективными правами.

Субъективное право, таким образом, можно понимать как правомочие, признаваемое за субъектом права. Цель такого правомочия определяется его интересами, к удовлетворению которых он стремится, вступая в гражданские правоотношения. Вступление в такие правоотношения делает лицо их участни-

⁸⁶ Абдулаев М.И. Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений. М.: Финансовый контроль, 2011. 410 с.

ком, или субъектом; признаваемые за ним гражданские права являются его субъективными правами⁸⁷.

Вместе с обременяющими субъектов обязанностями эти права образуют содержание отдельного правоотношения (возникающего из договора, деликта или иного основания). Следует учитывать, что вступление в гражданское правоотношение должна быть не только добровольным. Иногда оно не зависит от воли стороны.

Примером превращения лица в субъект гражданского правоотношения против своей воли могут служить некоторые внедоговорные обязательства. К примеру, гражданское правонарушение (деликт), совершенное при условиях, указанных в законе, порождает у потерпевшего право требовать возмещения вреда, а у причинителя - обязанность его возмещения. В этом случае нормы законодательства, предписывающие ответственность причинителя вреда, составляют часть объективного права, а конкретное право на истребование возмещения от причинителя вреда выступает субъективным правом пострадавшего.

Субъективное право не следует отождествлять с правоспособностью. Эти понятия соотносятся между собой как причина и следствие, условие и результат. Субъективное право - это всегда право, уже имеющееся у конкретного лица, возникшее из конкретного правооснования.

Правоспособность же конкретного лица, как будет показана ниже, - это лишь предпосылка к обладанию или приобретению им субъективного права (или обязанности). В зависимости от того, какие причины преобладали в правообразовательном процессе конкретной системы права, одна из сторон права занимает решающее место среди источников права. В некоторых государствах прецедентное право (например, судебная практика) играет решающую роль и впоследствии получает статус законодательной нормы, т.е. субъективное право предшествует объективному, в других случаях, на основе государственного законодательства возникают новые правоотношения, которые впоследствии закрепляются в юридической практике.

Надо иметь в виду, что содержание субъективного права составляют, прежде всего, права и свободы личности, закрепленные в законодательстве.

Говоря об основных признаках права, можно сказать, что право есть мера свободы и поведения человека, - он свободен делать то, что не вредит другому. Праву присуща системность и нормативность, т.е. право, есть упорядоченная и внутренне согласованная система норм.

Норма - это правила поведения членов общества, которые определяют их права и обязанности, они устойчивы и типичны для конкретных условий. Нормы права всегда формально определены, т.е. содержат точ-

⁸⁷ Кузнецов М.Н. Общая теория права: историко-теоретический анализ. М.: Издательство УДН, 2013. 69 с.

ные указания, какие действия правомерны, а какие нет, и закреплены правовыми средствами (законами, нормативными актами, договорами). Право всегда обеспечено государством, оно гарантирует общеобязательность правовых норм.

Право есть реально действующая сила регулирования социальных отношений. Право, которое не действует реально, не исполняется на практике, не существует. Право выражается через закон (или иное правовое средство), который должен соответствовать природе, идеям, ценностям права.

Можно определить право как систему общеобязательных правил поведения, которые устанавливаются и охраняются государством, выражают общие и индивидуальные интересы населения страны и выступают государственным регулятором общественных отношений. Это определение позитивного права, т.е. права получившего официальную форму признания, – закона. Можно также сказать, что это операциональное определение права, формулирующее условия применения права⁸⁸.

Однако исходным является определение, которое содержит абстрактную, мировоззренческую характеристику, например, право – это нормативная форма выражения свободы, посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.

Оба этих определения являются разными сторонами общего, синтезированного понятия права, которое включает различие и взаимосвязь права и закона. Право – это исторически изменчивая, объективно обусловленная справедливая общая мера свободы и равенства, получающая посредством официального выражения общеобязательную силу.

Данные определения исходят из понимания единой природы права, которая выступает в форме идей, представлений индивидов о праве, в форме юридических норм, исходящих от государства, в форме действий, правоотношений, в которых реализуются идеи и нормы права⁸⁹.

Единый подход позволяет выявить суть права как реальную силу общества, регулиующую отношения его субъектов. В праве находят выражение интересы различных людей и их групп, которые изменяются в зависимости от характера экономического развития общества, уровня культуры, социальной структуры, традиций.

В различные периоды истории, в условиях разных типов государственного устройства под правом понимались различные формы общественных отношений, однако можно сказать, что во все времена право было и будет основным регулятором общественных отношений.

⁸⁸ Садиков О.Н. Правовое регулирование. М.: Юридическая литература, 2010. 288 с.

⁸⁹ Кузнецов М.Н. Общая теория права: историко-теоретический анализ. М.: Издательство УДН, 2013. 69 с.

Главной устойчивой внутренней основой права, отражающей его сущность, является волевой характер права, поскольку воля есть сознательная целеустремленность, активность человека, которая проявляет себя в действиях, направленных на то, чтобы выразить свои интересы в правовой форме.

Г.Г. Бернацкий

К вопросу о типологизации учений о праве

Право как объективное образование. Право может рассматриваться как объективно сложившаяся специфическая форма социального бытия людей и особый тип социальной регуляции. Право изучается разнообразными науками на различном уровне и под различным углом зрения. Позитивное право предстает как официально-властная «реальность», определенно отвечающая на вопрос о том, что есть действующее законодательство в данное время и в данном месте. Исследование этой «реальности» различными методами и средствами юриспруденции (классификация и систематизация, комментирование, юридическая техника и т.д.) имеет большое практическое и научное значение.

Вместе с тем за сферой юридико-аналитического подхода к праву (юридической догматикой) возникает ряд проблем философского характера. С одной стороны, нельзя не считаться с авторитетом силы законодателя, которым установлено позитивное право, но с другой стороны невозможно устраниться от оценки силы авторитета самого закона, степени его справедливости и разумности, правильности в регламентировании основных сторон жизни человека.

Испытание позитивного права на разумность и справедливость исходит, главным образом, не из-за политических амбиций, капризов и придирок к властям, а проистекает из неустранимой фундаментальной потребности человека жить в справедливом и гармоничном обществе. Человек испытывает удовлетворение, когда жизнь его наполнена смыслом, а отношения с другими людьми кажутся естественными и разумными. И наоборот, проявления несправедливости вызывает у него протест, взрыв негодования, активное сопротивление. Вот почему человек на протяжении веков неустанно погружен в поиски таких великих ценностей, как Истина, Добро и Красота, он продолжает поклоняться ценностям, выраженным в религиозных образах сестер Веры, Надежды и Любви и их мудрой матери Софии.

Право и закон как сущность и явление. Едва ли даже самый ярый защитник действующего законодательства в государстве осмелится утверждать, что позитивное право вобрало в себя всю истину, добро и справедливость мира. И если позитивное право в чем-то не соответствует или даже противоречит высоким требованиям справедливости, а примеров этому в истории можно найти

достаточно много, то у человека, естественно, возникают вопросы о том, почему же такое право до сих пор еще действует, каким образом, в каком направлении его следует изменить, и допустимо ли этот процесс отдавать на волю законодателя? «Уже простые размышления о позитивном праве порождают целый ряд вопросов, ответы на которые требуют выхода за рамки позитивного права и позитивистского понимания. Почему именно эти, а не другие нормы позитивированы и даны законодателем в качестве позитивного права? От чего зависит сама эта позитивация чего-то в качестве права - только ли от позиции и воли законодателя или есть какие-то иные (и какие именно) объективные, не зависящие от этой воли, основания законотворчества? Что такое, собственно говоря, право? В чем состоят его природа и сущность, его специфика, его отличительные особенности?»⁹⁰.

В.С. Нерсесянц отмечал, что основной смысл этих и подобных вопросов можно сформулировать в виде «проблемы различения и соотношения права и закона, которая имеет определяющее значение для любого теоретически последовательного правопонимания и обозначает предметную область философии права»⁹¹. В этом смысле закон и право можно трактовать соответственно как явление и сущность. Такую позицию разделял и известный ученый Явич, который считает, что право может рассматриваться как самостоятельный объект действительности, который содержит в себе противоположные стороны - явление и сущность⁹².

Позиция В.С. Нерсесянца перекликается с широко распространенной среди русских юристов точкой зрения на предмет философии права. Она заключается в том, что позитивное право рассматривается как некая данность, «реальность» или явление в социальной действительности, а за этим явлением скрывается некое право, которое выступает как основа, фундамент или сущность позитивного права. Исследованием этой «метареальности», стоящей за позитивным правом, или анализом сущности права и должна заниматься философия права. Известный русский юрист П.Г. Редкин писал, что философия права «имеет своим содержанием философское, естественное или природное, рациональное, т.е. мыслимое разумом человеческим, право, или идеальное право, первообраз права (*jus naturale seu jus naturae*), имея в виду представить то, что праведно и справедливо (*justum*) или в чем состоит правда и справедливость (*justitia*). Положительное же правоведение в смысле совокупности положительных юридических наук имеет своим содержанием положительное право (*jus positivum*), право реальное, действительное, т.е. когда-либо и где-либо положенное, установленное в действительности, в реально-

⁹⁰ Нерсесянц В.С. Философия права. М.,1997. С.8-9.

⁹¹ Нерсесянц В.С. Философия права. М.,1997. С.9.

⁹² Данный взгляд на право развивается, например, в работе: Явич Л.С. Сущность права. Л.,1985.

сти, в каком-либо государстве или обществе вообще, в виде законодательного или же обычного права»⁹³.

Классификации. Поисками сущности права заняты учение и философы на протяжении веков, начиная с Античности. Одновременно с этим существует устойчивая тенденция редукции права к позитивному праву, т.е. отождествления права с законом. Такая позиция в последние два столетия широко представлена в различных вариантах юридического позитивизма и легизма. Вместе с тем большинство исследователей права не останавливаются собственно на позитивном праве и стремятся открыть сущность этого явления. В зависимости от своих философских позиций исследователи указывают сущность права в различных сферах объективной и субъективной действительности. Так возникают различные политико-правовые учения. Не удивительно, что классификация различных правовых учений обычно проводится в соответствии с выбранными для анализа философскими теориями, течениями, направлениями. Основаниями классификаций выбираются как сами предметы исследования, так и применяемые методы.

Например, В.Д. Зорькин выделяет четыре вида политико-правовых течений России второй половины XIX века: 1) позитивизм (Шершеневич, Муромцев, Коркунов); 2) неогегельянство (Чичерин, Михайловский); 3) неокантианство (Кистяковский и др.); 4) религиозный мистицизм (Вл.Соловьев, Н.Бердяев, Е.Трубецкой)⁹⁴. Аналогичные течения рассматриваются в работах Э.В. Кузнецова⁹⁵. Интересный подход к классификации философско-правовых учений предложен Ю.Я. Баскиным в работе «Очерки философии права». В ней выделяются такие направления, как: 1) метафизическое, признающее основанием права и причин его возникновения нечто, находящееся во вне- (и над-) социальных факторов; 2) антропологическое, признававшее основанием права природу человека (личности); 3) социологическое, признающее, что право есть результат и проявление общественных связей и отношений⁹⁶. В.А. Четвернин выделяет следующие направления: 1) теологическое, сводящее право к божественному началу (неотомизм, неопротестантизм); 2) объективистское, сводящее право к объективному бытию идеи, духа, эйдосов, идеальных ценностей (неогегельянство, Мюнхенская школа феноменологии, «материальная ценностная этика»); 3) неокантианское, сводящее право к априорно должному, реализованному в социальном бытии (неокантианство); 4) экзистенциалистское, сво-

⁹³ Редкин П.Г. Из лекций по истории философии права в связи с историей философии вообще. СПб., 1889. Т.1. С.200.

⁹⁴ Зорькин В.Д. Из истории буржуазно-либеральной политической мысли России второй половины XIX - начала XX в. М., 1975. С.13.

⁹⁵ Кузнецов Э.В. Философия права в русском дореволюционном правоведении // Правоведение. 1984. № 2.

⁹⁶ Баскин Ю.Я. Очерки философии права. Сыктывкар, 1996. С.4.

дящее право к бытию сознания (экзистенциализм, экзистенциально-феноменологическая герменевтика); 5) психоиррационалистическое, сводящее право к иррационалистическим началам природы человека (интуитивизм, философская антропология)⁹⁷. Нерсисянц в одной из своих последних работ выделяет всего три основные типа правопонимания: легистский, естественноправовой и либертарно-юридический⁹⁸.

Направления, течения, школы, учения. Можно и дальше приводить примеры многочисленных классификаций учений о праве. Сделаем попытку и мы предложить свою классификацию. Прежде всего необходимо выбрать основание деления учений о праве. Используем для этого онтологический подход. Бытие можно рассматривать как целое, состоящее из объективной и субъективной реальностей. Бытие включает в себя такие компоненты, как природу, общество и человека⁹⁹.

Таким образом, поиск сущности права можно проводить во всех возможных компонентах Бытия: в природе мироздания, в обществе, в природе человека. Либо вообще отказаться от поисков сущности, сведя Бытие только к области явлений. Самое крупное деление всех учений можно провести на направления учений о праве. Итак, с онтологической точки зрения, можно указать следующие направления учений о праве: естественноправовое; социальное; антропологическое; формально-догматическое (легистское).

Направления подразделяются на течения, а течения – на школы. В свою очередь школы состоят из отдельных конкретных учений или теорий о праве.

Так, естественноправовое направление можно разделить на следующие течения:

1. *Теологическое*, утверждающий сущность права в воле, разуме, промысле Бога. Это, пожалуй, самое древнее направление. В развитой форме оно выражено уже в Ветхом Завете. В этом течении можно выделить, например, следующие школы: 1) томизм, 2) неотомизм, 3) неопротестантизм, 4) религиозно-нравственная школа в России XIX-XX вв. (Вл.Соловьев, Е. Н. Трубецкой и др.),

2. *Натуралистическое*, утверждающий сущность права в естественных законах Природы, Мироздания в целом. Эта позиция характерна для античных мыслителей, римских юристов.

3. *Объективно-идеалистическое*, утверждающее сущность права в проявлении Объективного Духа, высшего сверхчувственного духовного начала. В рамках этого течения можно выделить такие школы, как: 1) гегельянство, 2) неогегельянство, 3) Мюнхенская школа феноменологии, 4) “Материальная ценностная этика”.

⁹⁷ Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. М.,1988. Гл.2.

⁹⁸ Нерсисянц В.С. Философия права. М.,2000. С.17-26.

⁹⁹ См. напр.: Кармин А.С., Бернацкий Г.Г. Философия. Учебник для вузов. СПб., 2010.

4. *Мистическое*, утверждающее сущность права в проявлении неких таинственных, сверхчувственных, Духовных Сил. В этом течении можно выделить, например, следующие школы: а) историческая школа права, видевшая источником права безличный Дух германского народа; б) русское славянофильство, утверждавшее, что подлинные отношения в России являются выражением особенной русской Души.

Социальное направление утверждает, что сущность права коренится в обществе, в особенностях его существования и развития. При этом общество можно рассматривать как исторически сложившуюся систему отношений или форм совместной деятельности людей. В обществе обычно выделяют такие общие сферы, как экономическая, политическая, социальная, культурная. В данном направлении можно выделить следующие течения:

1. *Экономическое*, утверждающее сущность права в экономических отношениях общества. В этом течении выделяются такие школы, как: а) классический марксизм; б) советская школа права (например, Л.С. Явич, развивая марксистскую концепцию, рассматривает сущность права на различных уровнях и утверждает, что “сущностью (глубинной основой) права являются отношения собственности как юридическое выражение производственных отношений”¹⁰⁰).

2. *Политологическое*, утверждающее сущность права в политических отношениях и политической деятельности. Например, в концепциях представителей юридического позитивизма Д.Остина, К.Бергбома, П. Лабанда источником права утверждается воля государства или государственная деятельность.

3. *Социологическое* (в узком смысле), утверждающее сущность права в собственно социальных отношениях в отличие от экономических, политических, нравственных, эстетических отношений в обществе. Это направление исходит из того, что общество представляет собой множество индивидуальных или коллективных субъектов, между которыми устанавливаются отношения различной природы. Эти отношения и рассматриваются в качестве основы права. К школам в рамках данного течения можно отнести: а) солидаризм, б) институционализм, в) социологическую юриспруденцию, г) теории элит, д) теории бюрократии, е) теории технократии, ж) прагматический позитивизм, з) коммуникативную школу права.

Антропологическое направление утверждает, что сущность права коренится в сознании, разуме, чувствах, подсознании человека. Оно может быть подразделено на следующие течения:

1) *Рационалистическое*, сводящее право к разумной природе сознания человека (Г.Гроций, Б.Спиноза, Д.Локк и др.).

¹⁰⁰ Явич Л.С. Сущность права. Л.,1985. С.87.

2) *Неокантианское*. Данное течение в праве берет свое начало из философии И. Канта, который впервые ввел понятие «категорический императив», под которым понимается общеобязательное требование чистой воли человека, независимой от каких-либо внешних явлений.

3) *Экзистенциалистское*, которое сводит право к особому бытию сознания. В экзистенциализме подлинное существование человека (экзистенция, «бытие-в-мире») противопоставляется его неподлинному существованию в мире — в сфере сложившейся культуры, общества, государства, закона и т. Экзистенция трактуется как исходное (дорациональное и дорефлексивное) переживание и постижение человеком своего бытия в мире.

4) *Психологическое*. Оно указывает на интуитивные истоки права, которые заложены в психике человека и которые складываются из того, что он переживает как право. Это течение можно разделить на такие школы, как: а) психорационалистическая - данная школа права получила распространение в начале XX в. на территории Германии, где ее автором являлся Г.Ф. Кнап, и на территории Франции, где автором был Г. Тард. В дореволюционной же России основоположником этой школы права стал Л.И. Петражицкий; б) психоиррационалистическая школа, связанная с исследованиями подсознания человека. Эта школа сводит право к иррационалистическим началам природы человека (интуитивизм, философская антропология).

Формально-догматическое (легистское) направление вообще отказывается от поисков какой-либо сущности права и отождествляет право с позитивным правом, законом. В рамках данного направления можно выделить следующие течения: а) аналитическая юриспруденция, б) позитивистский нормативизм Ганса Кельзена. Последнее направление хотя и не укладывается в предложенные сферы Бытия, но его полезно допустить, поскольку оно имеет широкое распространение в философии права и может рассматриваться как «нулевой» вариант, или вариант, сводящий наличное право к себе самому, а не к чему-либо иному.

Предложенная классификация страдает рядом недостатков. Прежде всего, она, видимо, никогда не может быть полной. Вместе с тем она полезна тем, что позволяет выделить по крайней мере основные сферы Бытия, где в принципе может быть обнаружена сущность права. Исторически развитие учений о праве происходит так, что направления правопонимания конкурируют друг с другом. Одни направления бурно развиваются на некотором этапе исторического развития, получая новые аргументы из науки и философии, но в дальнейшем они могут вытесняться на второй план под ударами новых результатов научных исследований.

Этатизм и социологизм в российской правовой культуре

Попытки юристов дать всеобъемлющее и всеохватывающее определение права не в состоянии увенчаться успехом, поскольку невозможно раскрыть сущность этого многогранного и многомерного феномена. Кроме того, универсальные определения права, предлагаемые властью и учеными, могут ввести в заблуждение и запутать ситуацию, связанную с тенденциями правового развития общества, как это было в советский период отечественной истории. Верный путь – это: *во-первых*, методологический и идеологический плюрализм в понимании права, открывающий новые горизонты в его познании; *во-вторых* – выявление основных методологических ракурсов, в русле которых можно понимать и интерпретировать право; *в-третьих*, разделение в вопросе понимания права позиций власти, стремящейся подчинить право и правоправедение своим интересам, и научного юридического сообщества, нацеленного на постижение объективно-субъективных свойств исследуемого феномена.

Говоря о методологических ракурсах, следует уточнить, что под методологией правовой науки в самом общем виде следует понимать пути и способы поиска природы и сущности права, различения форм его существования. Из этого следует, что постижение права обусловлено избранными методологическими ракурсами, которыми могут быть: социальные, исторические, культурологические и философские основания права; формационный либо цивилизационный пути его развития; государственная (этатистская), общественная (социологическая) либо антропологическая (человеческая) природа права; формально-догматические или ценностные его свойства. То есть, крайне необходим рефлексивный анализ по поводу того, как формируется и развивается право, каковы его природа и сущность, тенденции его развития и формы существования.

Отечественное правоправедение в советский период оказалось в ситуации, когда одномерное видение права не только сужало познавательные ресурсы, но и заставляло общество идти одним, четко очерченным, но не выверенным, маршрутом. Поэтому несомненным достижением российской юридической науки в постсоветский период является утверждение плюрализма в объяснении правовых процессов и явлений, многообразии подходов к пониманию права, обоснование сущности права в разных методологических ракурсах. Наряду с традиционным юридическим позитивизмом в его крайнем проявлении – этатизме, это мог быть либертаризм, антропологизм, социологизм, интегративизм и т.д.

Методологический плюрализм, в котором пребывает современное правоправедение, расширяет поисковый ресурс, но вместе с тем и осложняет выбор познавательных средств. Поэтому важен разумный баланс, когда, с одной стороны, не следует упрощать понимание права, сводя его к системе норм, установ-

ленных или санкционированных государством, с другой – не стоит бесконечно накапливать методологические ракурсы его понимания и интерпретации. Чтобы не множить до бесконечности ракурсы в методологии познания права, существует типология правопонимания, которая в 90-е гг. стала одним из значимых направлений исследований в российской юриспруденции, фокусирующим внимание не на частных проблемах, а на основных свойствах права и тенденциях его развития. Следует признать со всей очевидностью: если не получится определиться на доктринальном уровне с общими подходами в понимании природы и сущности права, вряд ли принесет ощутимые результаты решение частных правовых проблем.

Типологизация как один из приемов классификации сама по себе предполагает выход на предельно высокий уровень обобщения, абстрагирование от деталей, определение главных свойств исследуемых объектов. В нашем случае критерием построения типологии права становятся его сущностные свойства. В контексте типологии правопонимания, речь идет скорее о построении идеальных представлений о праве. В то же время подобные представления могут не только отражать реальные объекты правовой действительности, но и формировать тенденции правового развития общества.

С позиций методологии можно строить пространственные модели понимания права. Например, трехмерное пространство понимания права условно можно выводить: 1) из воли государства и установленного им законодательства; 2) из общественных интересов, точнее, интересов существующих в обществе социальных групп; 3) из природы человека, его прав и свобод, рационального и эмоционального уровней восприятия им правовой действительности. Это трехмерное пространство предопределяет ракурсы понимания и интерпретации права в его идеальных образах и реальных проявлениях. Таким образом, в рамках типологии понимания права, целенаправленной юридической исследования, пространственная модель включает три измерения: *первое* – юридический позитивизм, который может быть доведен до крайнего своего проявления – становится этатизмом; *второе* – социологические концепты права в разных вариантах с их поиском регулятивных правовых систем, идущих от общества; *третье* – антропологические и персоноцентристские подходы к праву, центральным звеном в которых становится человек.

При определении векторов интерпретации права и всего того, что с ним связано, выше была обозначена триада «государство – общество – человек», поскольку такая расстановка познаваемых объектов лучше всего отражает реальную ситуацию, связанную с правопониманием в российском правоведении, где по-прежнему более привычным и устоявшимся типом правопонимания является юридический позитивизм в его этатистском (этатическом) варианте – право производно от государства и формируется законодателем.

Между тем, было бы более правильным при определении векторов понимания права следовать триаде «человек – общество – государство». Такая последовательность распределения объектов при построении пространственно-типологической модели правопонимания представляется более адекватной, более правильно отражающей процесс формирования права и его восприятия. Скорее всего, все три вектора равнозначны, ни один из них не должен иметь превалирующего значения, и смысл состоит в поиске баланса их сосуществования. Впрочем, это суждение может показаться весьма спорным.

Как уже было отмечено, отечественная правовая наука не всегда существовала в условиях многообразия методологических подходов. Семьдесят с лишним лет, охвативших советский период истории, она была вынуждена самосохраняться и развиваться в жестко заданных идеологических и методологических рамках. Презюмировалось отношение к праву как к воле государства, облеченной во множество имеющих различную юридическую силу нормативных актов; возводилась в абсолют роль законодателя как некой абстрактной субстанции, а также законодательной деятельности как единственно возможной формы правотворчества. Между тем, законы рождались в бюрократических кабинетах, отражая чьи-то субъективные интересы, а отнюдь не согласованные интересы общества.

Юридический позитивизм в правовой культуре российского общества уходит корнями не только в советское прошлое, а глубже – в традиции континентальной правовой семьи, оказавшей влияние на Россию, в правовые доктрины немецких ученых, оставаясь и сегодня привычным, наиболее распространенным в среде российских юристов – ученых и практиков – типом правопонимания.

В русле рассматриваемой темы можно обратиться к работе Г.В. Мальцева «Понимание права. Подходы и проблемы» (М., 1999), в которой понимание права рассматривается как обобщенный опыт человеческой культуры и цивилизации, а само право предстало как «грандиозный, неисчерпаемый для познания феномен»¹⁰¹. Г.В. Мальцев отмечает, что основные черты российской юриспруденции второй половины XIX в. сформировались под влиянием правового позитивизма, и это был «этатический, законоведческий позитивизм, а еще точнее, формально-догматическая юриспруденция, аналогичная германской юриспруденции понятий»¹⁰². Автор делает следующий обоснованный вывод: «Юридический позитивизм определил профиль российского правового развития»¹⁰³. Хотя работа Г.В. Мальцева вышла в свет полтора десятка

¹⁰¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.3.

¹⁰² Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.18.

¹⁰³ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.18.

лет назад, содержащиеся в ней идеи и обобщения, как представляется, еще не освоены нашей наукой и не оценены по достоинству.

Г.В. Мальцев видит и другие тенденции в развитии отечественного правоведения. По его мнению, в начале XX в. часть российских правоведов отошла от юридического позитивизма: С.А. Муромцев, Н.М. Коркунов «выступали с позиций, близких к юриспруденции интересов»¹⁰⁴, тогда же приобрели популярность идеи возрожденного естественного права (В.М. Гессен, П.И. Новгородцев), сложилась психологическая школа права Л.И. Петражицкого, которая, «несмотря на внешнюю оппозиционность юридическому позитивизму, на самом деле представляет собой позитивизм антропологический»¹⁰⁵.

Однако в российском обществе начала XX в. на фоне изживающих себя государственных форм, в результате военного поражения в русско-японской войне, в преддверии Первой мировой войны, в ходе роста общественно-политической активности и протестных выступлений различных социальных сил, подчас приобретающих крайние формы, «создалась благоприятная ситуация для своеобразного реванша этикатического позитивизма с его правопониманием, замешанным на идеях государственного авторитаризма и государственного принуждения». Тогда и появилась теория права Г.Ф. Шершеневича, которая была, по мнению Г.В. Мальцева, «ностальгически позитивистской и вызывающе этикатической»¹⁰⁶, поскольку утверждала, что право немислимо без государства и не может держаться иначе как на авторитете государства. То есть, кризис государственных институтов и рост общественно-политической активности в России спровоцировал торжество этикатического правопонимания, а социологизм и антропологизм в понимании права отошли на второй план.

Говоря о том, что среди сотен и тысяч дефиниций «нет ни одной общепризнанной, разделяемой всеми, кто ценит и изучает право»¹⁰⁷, Г.В. Мальцев вместе с тем дает свое определение: «Право как нормативно-регулятивная система есть совокупность норм, идей и отношений, которая устанавливает поддерживаемый средствами власти порядок организации, контроля и защиты человеческого поведения»¹⁰⁸. Он утверждает следующее: «Правовая норма, правовое отношение, правовая идея – «три кита», на которых выстраивается правовая, т.е. нормативно-регулятивная система, называемая правом. Не случайно эти фундаментальные правовые уровни (звенья) легли в основу различных типов определений права»¹⁰⁹. Данное Г.В. Мальцевым определение права носит

¹⁰⁴ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 19.

¹⁰⁵ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 21.

¹⁰⁶ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 21.

¹⁰⁷ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 6.

¹⁰⁸ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 7.

¹⁰⁹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.10.

интегративистский характер, поскольку в нем объединены различные природно-сущностные черты и проявления права.

Следуя логике рассуждений Г.В. Мальцева, трехмерное пространство права и правопонимания можно выводить: 1) из нормативной составляющей права (нормативизм); 2) из социальных отношений, предопределяющих процесс правообразования (социологизм); 3) из идеологической (скорее, ценностной. – *М.Н.*) составляющей права (учения римских юристов о тождестве права и справедливости, естественно-правовые доктрины Нового времени и др.).

«Нормативность – универсальное и глубинное качество права», – утверждает далее Г.В. Мальцев. «Норма есть во всякой форме права – в древнем обычае, также как в современном законе. (...) В действительности норма права лишь формализованный и в сущности статичный продукт общественного, в особенности правового, сознания, которое, в свою очередь, детерминировано практикой общественных, особенно правовых, отношений. Взятая сама по себе норма ничего не сможет сделать, если она выключается из живой связи с правовыми идеями и правовыми отношениями»¹¹⁰. Положение и роль нормы как основополагающего элемента права, по мнению ученого, приводит к торжеству «нормативистского подхода с присущими ему тенденциями к этатизму и правовому монизму (...), связана с монопольным положением государства в сфере правотворчества. В соответствующих определениях четко проступает мысль: право дано обществу государством. Исторически же верным было бы утверждать, что право создается обществом по своему образу и подобию, а через государство, его правовое творчество, оно формирует законодательство, которое реализуется в общественных отношениях»¹¹¹. Получается замкнутый цикл – право производно от общества и в конечном итоге адресовано обществу.

Далее Г.В. Мальцев отмечает: «Социологическое правопонимание, социологический подход к определению права по многим важным позициям оппонирует нормативистскому подходу. Право характеризуется прежде всего с его практической стороны, эмпирической реальности, с точки зрения того, что оно в действительности собой представляет как нормативно-регулятивная система общества. На право смотрят как на систему (совокупность) общественных отношений либо, что почти то же самое, систему общественных отношений, поставленных под защиту закона»¹¹². Таким образом, по мнению автора, исходной точкой, определяющим моментом в социологически ориентированных концепциях права являются правовые отношения.

Г.В. Мальцев обращает особое внимание на идеолого-ценностные определения права, которые «указывают не на структуру права, не на характер его

¹¹⁰ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 7–8.

¹¹¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 8–9.

¹¹² Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 9.

действия в обществе, а на сущностную идею права, которая, как полагают, способна притягивать к себе соответствующие структуры и функции»¹¹³. Хотя борьба против правопонимания, основанного на категориях справедливости и несправедливости, добра и зла, добросовестности и недобросовестности заняла, по мнению ученого, слишком большое место в теоретико-правовых дискуссиях XX в. (ценностный нигилизм, ценностный релятивизм с их прагматической направленностью), она по сути ничем не завершилась, не изменила ситуацию в правовой науке. «Ценностный и идеологический подходы к праву в начале третьего тысячелетия господствуют с положительными и отрицательными эффектами более, чем когда-либо»¹¹⁴.

Г.В. Мальцев отразил в своем исследовании и общие тенденции формирования и развития правопонимания в советском обществе. Он отмечает, что первые определения советского права (данные П.И. Стучкой, Е.Б. Пашуканисом) носили социологический характер. И в самой социальной практике большевиков на ее начальной стадии автор усматривает ярко выраженную социологическую направленность, строившуюся на творческой, в том числе и правотворческой, активности социальных групп, прежде всего, пришедшего к власти рабочего класса. Классовые интересы были первичны, издаваемые государством законы – вторичны¹¹⁵.

Одновременно Г.В. Мальцев придерживается той точки зрения, что в марксистской методологии правовой компонент присутствовал в гораздо меньшей степени, нежели другие составляющие (например, экономический). Кроме того, в среде большевиков имела место не столько творческая интерпретация марксизма в ходе воплощения этих идей в жизнь, сколько его вульгаризация и примитивизация. Представления о постепенном снижении значимости права по мере развития социалистического общества, вплоть до отмирания права вообще, стали «источником правового нигилизма в первые годы советской власти»¹¹⁶.

Утверждение в начале 30-х годов в советском обществе административно-командной системы обусловило отказ от социологических концепций права. Безраздельное господство в правопонимании советского общества занял этатический (этатистский) позитивизм. «Новая «философия права, – утверждает Г.В. Мальцев, – являлась, в сущности, грубо сработанной версией этатического позитивизма. Плоть от полоти тоталитарного понимания политической власти, она сводила все правовое к предписаниям и приказам «сверху», не видела в

¹¹³ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 10.

¹¹⁴ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 10.

¹¹⁵ См. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 27.

¹¹⁶ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 24.

праве ничего, кроме утверждения политической мощи государственного аппарата, средства государственного принуждения»¹¹⁷.

Предложенный в советской теории права 70 – 80-х гг. так называемый «широкий» подход праву, в соответствии с которым под правом следовало понимать не только законодательные и иные нормативные акты, идущие от государства, но и правосознание и правоприменение, суть дела не менял, поскольку в основе этих составляющих правового развития общества все равно лежало волеизъявление государства.

Методологический плюрализм пришел на смену методологическому монизму в отечественном правоведении не далее как четверть века назад, что является совсем непродолжительным сроком, в который едва ли представлялось возможным преодолеть узкие рамки предопределенности права интересами и волей государства, вернуться к достижениям дореволюционного правоведения и каким-то образом интегрироваться в общемировое научное юридическое пространство. Когда на рубеже XX–XXI вв. из прежнего советского права эволюционным путем рождалось постсоветское право, последнее не могло не впитать и не сохранить родовые черты, что объяснимо в контексте правовой культуры как надбиологической программы жизнедеятельности общества. *Феномен советского правопонимания* еще ждет своих исследователей, интеллектуальный поиск которых позволил бы взвешенно, без предвзятости, чрезмерной критики и идеологических штампов отразить его.

Оценивая осуществленные на протяжении последней четверти века исследования в области права, следует обратить внимание на параллельно существующие в отечественной юридической науке типы понимания права. *Типология российского правопонимания переходного периода* сама по себе нуждается в правильной оценке юридического сообщества, которое восприняло эту типологию не со стороны, а изнутри, что пока что препятствует объективным оценкам.

Российскому правоведению пришлось во многом выходить на тот уровень, который уже был достигнут на рубеже XIX–XX вв., когда естественно-правовые доктрины легко уживались с исторической школой права, параллельно развивались концепции антропологизма и социологического позитивизма. На сегодняшний день в российском правоведении актуальными являются концепции интегративного свойства, «вбирающие» в себя разные научные подходы, актуальна историческая школа права с ее обоснованием истоков права в исторической судьбе народа, что соответствует вектору внутренней и внешней политики России – оказалось, что спор между «славянофилами» и «западниками» еще не исчерпал себя. В условиях существующей в обществе

¹¹⁷ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С 30.

жесткой конкурентной борьбы и прагматических установок все большее значение приобретает ценностное измерение права.

И все-таки тренд отечественного правоведения на сегодня – это социологически-ориентированные концепции понимания права в их различных вариантах. На сегодняшний день существует множество правоведческих проблем, которые рассматриваются в социологическом ракурсе. Это, например: возможность автономного существования институтов права отдельно от государства (правовые обычаи в условиях советской государственной системы); признание правотворческой активности иных (кроме государства) публичных корпораций (конфессиональных, партийных, этнических и др.). Эти все эти проблемы требуют серьезного решения на доктринальном уровне.

Социологически ориентированные концепции понимания права, не отрицая значимости осуществляемого государством законодательного регулирования, признают одновременно идущее от общества иное корпоративно-публичное регулирование, существующее в виде канонических норм и источников конфессиональных групп, обычаев этнических групп, нормативных предписаний политических партий, этических кодексов профессиональных корпораций, массивов нормативного регулирования местных сообществ.

Корпоративное регулирование само по себе явление очевидное. Доказывать его роль и значение в современном обществе будет излишним. Но следует ли массивы норм иных, кроме государства, публичных корпораций включать в сферу права – проблема дискуссионная. Понимание права в русле социологического позитивизма неразрывно связано с признанием в обществе таких ценностей как справедливость, гуманизм, приоритет прав и свобод человека и др. Ведь именно они служат критерием признания норм, выросших внутри публичных корпораций, в качестве правовых, придания этим нормам качества права.

Значимым для осмысления объективно существующих тенденций в современном обществе является не тот факт, что его интересы в публичном пространстве представляет не только государство, но и иные корпорации, а то обстоятельство, что из практики этих корпораций «вырастают» массивы норм, реально регулирующие отношения больших социальных групп, как внутри этих сообществ, так и вовне.

Говоря о социологизме правопонимания, Г.В. Мальцев дает ему следующую характеристику: «Определяющими моментами для права выступают социальные институты и явления – потребности, интересы, цели (юриспруденция интересов), решения, договоры, приговоры, соглашения, компромиссы (юридический реализм), чувства, эмоции, интуиция, переживания (психологические теории), процессы, механизмы, инструменты и звенья

(юридическая инженерия)»¹¹⁸. В то же время ученый акцентирует внимание на слабых сторонах социологически ориентированных подходов: «Среди очевидных недостатков социологических определений права можно отметить слабый акцент на нормативности правовых явлений (нормативность – признак не только системы норм, но и правовых идей, правовых отношений), а также размытость критериев, по которым право выделяется среди социальных явлений и, как следствие, утрата правовой специфики, растворение права в других общественных системах»¹¹⁹.

Таким образом, вне методологического контекста понимания права рассмотрение юридических конструкций, форм нормативного выражения права и правоприменительной практики в принципе невозможно. С типами правопонимания связано множество иных методологических контекстов права: приоритет прав и свобод человека, соотношение в праве частных и публичных начал, происхождение права, его философские основания, сравнительное правоведение, социология и антропология права и т.п.

Правопонимание – это научная категория, тип мышления юриста, одновременно это позиция гражданина. Правопонимание – основа правоприменительной практики, в еще большей степени – образования. Наблюдения за состоянием дел в образовательном процессе юридических вузов показывают, что профессора и преподаватели часто не отдают себе отчета в том, каким типом правопонимания руководствуются в ходе проведения исследований или в преподавании юридических дисциплин. Вызывает серьезную обеспокоенность отсутствие у значительной части научно-педагогического сообщества владения методологией правопонимания.

Предположение о том, что все существующие в обществе отношения должны быть облечены в законодательную форму – вот примут закон, и все встанет на свои места – это неверный посыл. Пока закон готовится, принимается, вступает в силу, начинает применяться, отношения в обществе перешли на другой уровень или ушли в другую сторону, они опять не подпали под законодательную норму или не совпали с нею. Очевидно, стоит развивать в обществе представления о правде и справедливости, правовые принципы, отвечающие новому уровню его развития, которые позволят не потеряться в идущем от государства бурном потоке законодательных и иных нормативных актов.

Проведенный выше анализ типов правопонимания в отечественной правовой культуре позволяет прийти к еще одному выводу: в состоянии относительной свободы правоведение, как и всякое социально-гуманитарное знание, развиваясь на уровне социологических доктрин, предлагает обществу «сюжеты» его существования и развития. Когда же возможность ученых-юристов

¹¹⁸ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.9.

¹¹⁹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С.9.

мыслить свободно ограничена, в правоведении превалирует этатистский подход как крайнее проявление юридического позитивизма, а усилия ученых сосредотачиваются на решении задач усиления роли государства в правотворчестве, отождествляемом с законотворчеством.

Л.И. Глухарева

**О правопонимании в измерении форм права
(на примере сравнения индивидуального и государственного права)**

Существование права в разных формах ставит под сомнение возможность отыскания сущности и определения права без учета его форм и, тем более, создания единой для всех форм содержательной концепции правопонимания. Тем не менее, в литературе (особенно учебной) имеют место описания права «вообще», в виде «общего понятия», наделенного едиными признаками и характеристиками безотносительно к тому, о каком именно праве идет речь. Хотя понятно, что большинство из них посвящено свойствам лишь одной формы права – государственного. Отсюда – одностороннее освещение предмета, искаженное восприятие права как социального явления в целом.

А ведь форма права не в меньшей степени, чем его сущность, влияет на правопонимание (особенно в рамках теорий частного уровня), поскольку, как известно из философии, форма замыкает собой сущность, а сущность является в формах. В.С. Нерсесянц писал, что «понятие права – это познанное единство правовой сущности и явления»¹²⁰. Безусловно, на представлениях о сущности права, соответственно, и на конструировании того или иного правопонимания, сказывается множество разных других показателей¹²¹, однако в отличие от них форма не «отсоединяется» от сущности. Поэтому любое определение права, представляющее проекцию его сущности, не может не отражать формы, в которой право как объект познания исследуется.

«Форма права» в данном случае понимается не в значении традиционного юридического термина – как источник права, а используется для показа феномена права в предельных атрибутах его бытия – «сущность–форма–явление». То есть форма права здесь – это способ организации права в

¹²⁰ Основные концепции права и государства в современной России (по материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН // Государство и право. 2003. № 5. С.5.

¹²¹ В.П. Малахов к таковым относит, например, логику, целевые назначения, способы организации, характер субъекта, характер связи прав и обязанностей, роль обязательств и притязаний, характер ответственности, особенности суда, своеобразие культурных форм правовой жизни и др. (Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С.100).

правовой жизни общества, выделенный по субъекту правотворчества и специфике возникающих в его рамках отношений.

Авторитетные отечественные и зарубежные юристы единодушно подчеркивают сложносоставную организацию права. Г.В. Мальцев считал, что право – «не монолитное» явление¹²², оно, по мнению Л.С. Мамута, «многоэлементное»¹²³, «многогранное» (Ю.А. Тихомиров¹²⁴), «многослойное и противоречивое» (М.Н. Марченко)¹²⁵. Эти и подобные им эпитеты, даваемые праву в исследованиях разной предметной направленности, отражают специфику системного построения права, которая состоит в том, что в его пространстве функционирует нескольких относительно независимых центров формирования, воспроизводства и действия права – форм права.

В.П. Малахов считает, что таковых форм четыре, в рамках каждой из которых имеются свои подформы¹²⁶. Это мнение для настоящего времени следует поддержать. Действительно, ведущей и наиболее развитой среди них является государственное (юридическое) право, властно-принудительное в своей основе, выполняющее функцию конституирования единого правопорядка. Другими формами выступают международное право и социальное право. В развитой социокультурной среде заметную роль играет еще одна форма-центр права – индивидуальное право.

Развернутое теоретическое исследование индивидуального права в качестве самостоятельного и не зависящего (относительно) от других форм права приходится на XX столетие, несмотря на то, что среди юристов издавна укоренилось мнение о неизменно индивидуалистическом характере права в целом¹²⁷.

В современной России индивидуальное право оценивается как недостаточно развитое¹²⁸. Ряд факторов позволяет так считать: особый характер

¹²² Всероссийская научно-практическая конференция «Понимание права», посвященная 75-летию со дня рождения профессора А.Б. Венгерова (1928-1998) // Государство и право. 2003. № 8. С.104.

¹²³ Там же. С.107.

¹²⁴ Там же. С.109.

¹²⁵ Основные концепции права и государства в современной России (по материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С.19.

¹²⁶ Автор называет в качестве таковых общее, групповое, международное и индивидуальное право (Малахов В.П. Указ. соч. С. 112; *его же*: Общая теория права и государства. К проблеме правопонимания: учеб. пособие. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013. С.51).

¹²⁷ Подробнее см.: Гурвич Г.Д. Идея социального права // Философия и социология права: Избранные сочинения / Пер. М.В. Антонова, Л.В. Ворониной. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. С.46.

¹²⁸ В.П. Малахов считает, что в России доминирующим является государственное право, право гражданского общества играет подчиненную роль, а индивидуальное не развито (Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории. С.112).

правовой культуры россиян, специфический взгляд на право как на бюрократический регулятор поддержания порядка, патернализм, низкий уровень социальной активности граждан¹²⁹ и др. Однако реальная картина российской жизни в части практического присутствия в ней индивидуального права недостаточно изучена и, возможно, дает искаженный его образ. В силу того, что межличностные акции обладают низкой общественной значимостью и в большинстве своем осуществляются латентным, «мало интересным» для окружающих способом, потому и не получают по сравнению с иными формами права широкого информационного резонанса. Отсюда и недостаточны данные, опираясь на которые можно было бы с высокой долей уверенности верифицировать теоретические суждения. Существует, конечно, и другие причины невнимания и слабого вовлечения вопросов об индивидуальном праве в научное обсуждение. Безусловно, проблема заслуживает более пристального анализа. Тем не менее, с полной очевидностью можно назвать сферы жизнедеятельности, в которых межличностное (индивидуальное) правовое общение всегда имело и имеет место быть: во-первых, это сделки между индивидами, главным образом, бытового уровня (бартер и проч.), во-вторых, это фактические действия граждан по защите своих прав (например, необходимая оборона).

Что касается понимания индивидуального права, то пока не найдено полномасштабного и удовлетворительного его определения. Так, наряду с термином «индивидуальное право» равным образом используют категории «межсубъектное право», «межличностное право», «право человека». Посредством их авторы пытаются раскрыть разные смысловые значения, которые они видят в индивидуальном праве, тем не менее, все их можно свести к трем основным. Это: 1) индивидуальное право как совокупность субъективных юридических прав и обязанностей, которыми государство наделяет индивидов посредством их официального закрепления в законодательных нормах; 2) индивидуальное право как совокупность прав и обязанностей, сформулированных и реализуемых индивидами самостоятельно, однако в рамках правил диспозитивных норм; 3) индивидуальное право как совокупность прав и обязанностей, определенных соглашением взаимодействующих и автономных индивидов, т.е. как саморегулирование.

В первом случае речь идет фактически об «индивидуальном правовом регулировании» в традиционном юридическом значении – как элементе государственного правоприменения. Здесь индивидуальное правовое регулирование

¹²⁹ Последние исследования Левада-Центра опосредованно подтверждают этот факт: 70% опрошенных считают, что население не может обойтись без государственной поддержки, и только 9% уверены, что люди должны проявлять инициативу и заботиться о себе сами // Российская газета. 2016. 8 июля.

представляет собой стадию реализации официальных правовых норм путем детализации правоприменителями масштабов поведения персональных участников отношений. Это субординационное регулирование в том смысле, что зависит от правовых установлений государства. Поэтому оправданно этот тип индивидуального права считать категорией государственного, юридического, законодательного права.

Второй случай касается прав и обязанностей, хотя и установленных индивидами по собственной воле, однако не выходящих за рамки официальных предписаний, контролируемых и защищаемых государственными органами¹³⁰ (например, п. 1 ст. 8 ГК РФ). Это индивидуальное право, по выражению Г.Д. Гурвича, «опекаемое»¹³¹ государственным правом и низведенное в таком качестве до уровня частного права.

Индивидуальное право в своем прямом, «чистом и независимом»¹³² значении имеет место в третьем случае. Оно выражает здесь саморегулирование отношений граждан между собой. Это форма позитивного права, возникающая согласно воле и по инициативе автономных, находящихся во взаимодействии индивидов, воплощающая сопряжение притязаний и обязательств сторон. Именно в смысле саморегулирования индивидуальное право предстает в своем адекватном и подлинном назначении.

Индивидуальное право как способ саморегулирования находится сегодня, с одной стороны, в мейнстриме процессов индивидуализации общества, с другой, – как и все другие формы права, оно выполняет важнейшую социальную функцию: связывая людей в общении, оно выступает фактором, противостоящим набирающей обороты под давлением индивидуализации фрагментации социума. Поэтому необходимо подчеркнуть, что индивидуальное право не отрицает государственное право, оно своими средствами лишь дополняет централизованное государственное регулирование регулированием децентрализованным, и в таком качестве выступает негосударственным, неюридическим, неофициальным, неписаным, живым и есте-

¹³⁰ Именно в таком значении индивидуальное право рассматривается большинством специалистов, см.: Сапун В.А. Формирование нетипичных источников позитивного права в условиях глобализации // Право и глобализация: вопросы теории и истории: Труды межд. науч.-теорет. конф. Санкт-Петербург, 28 ноября 2008 г. / Сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева / под общ. ред. Д.И. Луковской. СПб.: Изд-во СПб ун-та, 2009. С. 81; Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. Иркутск, 2008. С. 32, 41-44, 55 и далее; Кашанина Т.В. Структура права: монография. М.: Проспект, 2015. С. 435-442; Красноярский С.Г. Индивидуальное правовое регулирование в советском обществе (вопросы теории и практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, М., 1990. С. 8).

¹³¹ По аналогии с «социальным, подчиненным опеке государственного права» Г.Д. Гурвича (Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 82).

¹³² По аналогии с «чистым и независимым социальным правом» Г.Д. Гурвича (Гурвич Г.Д. Указ. соч. 82).

ственным правом¹³³, выполняющим наряду с другими формами права социальные задачи.

Важно обратить внимание и на такую особенность индивидуального права, как его возникновение и существование на стыке правовых и неправовых явлений (морали, обыкновений, обычаев и проч.), что позволяет его регулятивные средства, формально не обладающие качествами нормативности, включать в юридический дискурс. Поэтому проблема индивидуального права, которое закрывает «бреешь» между нормой и иными установками поведения, должна быть интересной не только для юриспруденции, но и всем социогуманитарным наукам, т.к. поднимает фундаментальный вопрос о «градуированной нормативности»¹³⁴, которой могут отличаться между собой известные социальные регуляторы.

Теперь следует пояснить аспект, связанный с актуализацией настоящим временем индивидуального права. Причин несколько, назову наиболее очевидные из них. Во-первых, рост индивидуалистических проявлений в обществе, артикулирующих потребность внедрения в практику иных, а не только официальных средств поддержания правопорядка. Современную активизацию саморегуляции (а в ее рамках и индивидуального права) Г.В. Мальцев объясняет, например, следующим образом: «Когда влияния внешней среды на личность организованы в систему, которая функционирует более или менее размеренно, активность саморегулятивных процессов тоже находится на стабильном уровне или даже может снижаться. Но если внешняя среда, представленная разнообразными регуляторами, воздействует на личность хаотично, рассредоточено, противоречиво либо обрушивает на нее громадную массу новых неожиданных реальностей, регулятивные процессы становятся более напряженными, динамичными, и значение психической саморегуляции для определения характера поведения человека возрастает»¹³⁵.

Развивает эту мысль А.В. Демин, подчеркивая возрастающую неопределенность во всех сферах общественной жизни, ограничивающую «возможности законодателя предвидеть эволюцию социально-экономических явлений и зафиксировать их в предельно точных, императивных нормах»¹³⁶. Нарращивание и детализация нормативных массивов успеха не приносят, поскольку законодательные новеллы не успевают за ускоряющимися

¹³³ Подробнее об этом см.: Малахов В.П. Общая теория права и государства. С. 49-74; его же: Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории. С.110-118, 130-131.

¹³⁴ Термин рассматривается А.В. Деминим в контексте международного права (см. Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования: монография. М.: Проспект, 2016. С.173).

¹³⁵ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М.: Норма, 2007. С.141.

¹³⁶ Демин А.В. Указ. соч. С. 49.

трансформациями в объекте правового регулирования и не способны исчерпывающе охватить все нюансы многообразных социальных взаимодействий. Поэтому, вполне обоснованно делает вывод ученый, «законодатель должен сосредоточиться лишь на самых важных, крупных, публично значимых вопросах, оставляя заинтересованным лицам право самим регулировать складывающиеся между ними взаимодействия»¹³⁷. То же мнение высказывает и В.П. Малахов, который отмечает сильные перегрузки государственной правовой системы – избыточно интенсивное изменение законодательства, непрерывное усложнение формализации права, снижение эффективности действия унифицированных средств в управлении общественной жизнью, замещение свободы правовых действий организационно-защитными функциями государственного аппарата и т.п.¹³⁸ Несомненно, все эти процессы влияют на правопорядок и общественный порядок, подрывая еще более крайнюю их неустойчивость и заставляя искать новые формы поддержания единства общежития.

Во-вторых, актуализация индивидуального права обязана и постмодернизации правового мышления. По мнению известного философа и культуролога А.А. Пелипенко, в преддверии антропологического скачка к почти непредставимо более высокому уровню индивидуализации и релятивизации всех форм культурной активности, перед которым пока остановилась современность, решающую роль играют «субъективные психоментальные настройки личности». «Глобальный кризис, – пишет автор, – ставит на повестку дня вопросы формулирования принципиально новой концепции человеческого субъекта и выработки совершенно новых форм гармонизации социального и индивидуального». Стоит конкретная и безотлагательная задача «построить модели институциональной жизни общества не на основе принципа обобщения, а на основе принципа дифференцирования», «не от института к человеку, а от человека к институту, при том, что регулирующая роль институтов должна быть радикально снижена»; «если до сих пор было принято пренебрегать и жертвовать частным во имя всеобщего, то сейчас пришло время эти отношений инвертировать. В жизненном мире человека такая инверсия уже идет полным ходом»¹³⁹.

Движение подобного рода процессов заметно и в сфере права. Так, наметилась тенденции к антропологизации правовых институтов, постепенно признается плюрализм разных форм и структур права, укрепляется понимание полицентризма как нескольких точек воспроизводства и реализации права, обосновывается полисемантизм обозначающего его слова, усиливаются требования

¹³⁷ Там же. С. 49, 52.

¹³⁸ Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории. С. 111; его же: Общая теория права и государства. С. 47-48.

¹³⁹ Пелипенко А.А. Контрэволюция. М.: Изд-во «Знание», 2016. С. 134, 157, 209.

к деформализации и децентрации процедур нормообразования и проч. Очевидно, что в юриспруденции расширяется поле правовых конструкторов за счет активного включения в осмысление не только пограничных, но и «дальних» к праву явлений. Поэтому «появление» индивидуального права в теории права свидетельствует скорее не о возникновении нового феномена в жизни общества (межличностные правовые контакты, независимые от установок властей, имели место всегда), а скорее об изменении научных взглядов на то, что есть право и чем правовое выделяется в социальном.

Теперь на примере индивидуального права следует показать, как форма влияет на определение сущности права (правопонимание), и по итогам ответить на вопрос: возможно ли сформулировать «общее» понимание права безотносительно к формам его существования. Для этого выделим ведущие признаки индивидуального права и сравним их по содержанию с аналогичными чертами государственного права. Конечно, следовало бы привлечь к сравнению и иные формы права (социальное и международное право), но думается, что анализ и в таком ограниченном объеме будет вполне убедительным для иллюстрации выказанного выше предположения о невозможности создать «общее» правопонимание (в данном случае по причине существования разных форм права).

Сравнительные параметры индивидуального и государственного права:

1. государственное правотворчество осуществляют властные субъекты, индивидуальное право – результат согласования воли автономных индивидов.

Как известно, государственное право – это «односторонняя проекция власти, исходящая от правительства и направленная на гражданина»¹⁴⁰, эта форма права связана с интересами и волей государства, выражает модель управления обществом из единого центра.

Индивидуальное право с этих позиций бросает вызов государственному центризму, поскольку его субъекты выступают одновременно и авторами своих прав. В отличие от абстрактного творца государственного права индивидуальное право персонально, в своем создании оно конкретное и адресное, на его содержательную сторону влияют личностные качества индивидов как правовых субъектов (что таит в себе, к сожалению, и большую опасность – реализацию пороков человеческого характера). Оно является не избранием варианта поведения, сформулированного и предлагаемого кем-то (обычаем, законодателем, правоприменителем и др.), а источником самостоятельной позиции и собственных предпочтений. При этом «рождение» индивидуального права предполагает большую интеллектуальную работу, далеко не каждому человеку по плечу, поскольку этот творческий мир

¹⁴⁰ Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой. М.; Челябинск: ИРИСЭН, Социум, 2016. С. 255.

наполнен размышлениями, оценками, аргументами, интерпретациями, вариантами прочтения, требующими не только удовлетворения собственного эгоизма, но и деятельность, адекватную правилам социальности;

2. в государственном праве сформулированы субъективные права и обязанности, в индивидуальном праве выражены притязания и обязательства.

Права и обязанности личности в рамках государственного права являются субъективными и юридическими в силу их закрепления в официальных актах. Посредством правовых норм государство фиксирует границы дозволенного и запрещенного поведения.

Применительно к индивидуальному праву можно сказать словами А.В. Полякова: право есть там, где есть соотносимые права и обязанности взаимодействующих субъектов¹⁴¹. Поскольку субъекты заинтересованы в деятельности друг друга, то на этой почве возникают взаимные ожидания как некоторые установки, требования, обещания, ограничения и т.п. Суть связи, возникающей в данном случае, выражается в притязаниях-ожиданиях одной стороны и обязательствах-обещаниях другой. Каждая из сторон упорядочивает свои слова, жесты и действия в соответствии со своими предположениями о том, к чему стремится другая, а отчасти также в соответствии с тем, что, по ее предположениям, думает другая об устремлениях ее самой¹⁴². Каждый в своем поведении по отношению к другому руководствуется этими ожиданиями. Благодаря такой связи участники оказываются связанными по схемам предоставления, принятия, требования, навязывания, причинения и т.п.;

3. государственное право отличается официальной нормативностью, индивидуальное право – деятельностная форма права.

Государственное право стационарное в смысле своей исходной нормативности и внешней формы выражения. Оно долженствующее, сконструированное, системное, вертикальное и упорядоченное, существует в строго определенном пространстве и времени.

В противоположность ему индивидуальное право – динамичная система, оно «всегда совершается»¹⁴³, воплощается в поведении (деятельности, акциях). В нем присутствуют не нормы в формальном смысле, а некоторые привычки поступать определенным образом, трансформированные в согласованные с другой стороной установки. Его правила носят добровольный характер, имеют

¹⁴¹ Поляков А.В. Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 18.

¹⁴² Фуллер Лон Л. Указ. соч. С. 231, 269.

¹⁴³ Мелкевик Бьярн настаивает, что право всегда должно «совершаться» (Мелкевик Бьярн. Юридическая практика в зеркале философии права / пер. с фр. и англ. М.В. Антонова, А.Х. Остроух, В.А. Токарева, Е. Уваровой и др. / отв. ред. М.В. Антонов. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. С. 201).

силу самообязывания и не нуждаются в формализации. Субъекты индивидуального права, вступая во взаимодействие, ориентируются на разделяемые общие стандарты поведения, сформированные самыми разными неформальными и косвенными путями, под влиянием сходного опыта и образования. В механизме взаимодействия предопределяющее значение имеет ожидание определенной схемы поведения одной стороны, которая становится ориентирующей для поведения другой стороны, и наоборот. Здесь установки поведения не выражены буквально, прямо и точно, а уясняются контекстом осуществляемых притязаний и обязательств;

4. формальная определенность государственного права и фактичность индивидуального права.

Государственное право является юридическим правом, поскольку охватывается признаками: установленности (заранее известным правилом как условием правоотношения); санкционированности (предписанности к реализации); узаконенности (безусловной и объявленной обязательности, поддержанной силой); официальностью (выраженностью и поддержанностью уполномоченными органами и лицами); профессионализированностью (обеспеченностью специально подготовленными для этого людьми, входящими в специализированные органы); формализованностью (допустимостью только строго определенных типовых способов действий, отношений, оценок и решений, имеющих самостоятельное значение и процессуальное воплощение и не сориентированных на содержательность правовых ситуаций); неперсонифицированностью (безотносительностью к личности и индивидуальным свойствам участников правоотношений); юридической оформленностью (полной подчиненностью прав и обязанностей установленному порядку их признания и реализации); документированностью (фиксированностью и сохраненностью в юридически значимых текстах). Формальная определенность права материализована в государственных органах и юридических статусах¹⁴⁴.

В противоположность ему индивидуальное право содержательно, оно строится на мотивах личной целесообразности, по соображениям, когда каждая сторона не требует большего, чем ей полагается, и плата (в широком смысле) не превышает отдачи. Эквивалентность отдаваемого и получаемого гарантирует взаимные предоставления, потому что именно в такой форме один человек признает другого равным себе и осознает собственную включенность в социум. Оно неинституционально и фактично, поскольку воплощается взаимодействием сторон и отличается гибкостью соглашений. Помимо этого индивидуальное право спонтанное, хаотичное, складывается стихийно. Отношения в его

¹⁴⁴ См.: Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории. С. 119.

рамках творческие, определяемые каждый раз ситуационно согласно воле и интересам участников, и свободно адаптируются к изменяющейся обстановке. В этом состоит залог его большей эффективности;

5. сила государственного права выражается во внешней принудительности, индивидуальное право гарантируется внутренним самообязыванием.

Государственное право – авторитарный, принудительно властный регулятор, навязывающий субъектам строго определенные формы поведения. Индивидуальное же право позволяет избежать избыточной репрессии, т.к. функционирует как механизм согласования усилий, в условиях отсутствия властных ресурсов у сторон и за счет самообязывания. Поэтому принуждение здесь тождественно самопринуждению. Отношения в рамках индивидуального права строятся без помощи государства, даже когда между субъектами возникает конфликт, т.к. применение средств государственного принуждения разрушает саморегулирование.

Действенность любой формы права, следует добавить, в немалой степени зависит от глубины и объема доверия к его механизмам со стороны пользователей. Государственное право в этом плане – «минимальное право»¹⁴⁵, поскольку может функционировать и приводить к требуемому результату и в отсутствии доверия. В основе же индивидуального права лежит принцип добросовестности, означающий, что контакты будут осуществляться лишь при добровольном, честном и доверительном исполнении обязательств. Поэтому, можно предположить, что посредством индивидуального права максимальным образом воплощается личностная справедливость¹⁴⁶, однозначно принимаемая обеими сторонами в качестве исходного соглашения для данного случая.

Подводя итог сравнению, можно отметить, что практически по всем ключевым параметрам государственное и индивидуальное право, как формы одного и того же социального регулятора – права, не только не совпадают, но и имеют противоположные и даже взаимоисключающие характеристики.

Отсюда напрашиваются выводы: 1) монистический подход, в котором правопонимание выводит право в качестве монолитного и однородного феномена, не соответствует реальности, поскольку затушевывает факт множества форм права, имеющих разную сущность; 2) общее определение, соответственно, и единое правопонимание вывести невозможно, каждая форма права нуждается в своем правопонимании; 3) снять напряжение в

¹⁴⁵ См.: Малахов В.П. Указ. соч. С. 120.

¹⁴⁶ Справедливость здесь толкуется по Дж. Ролзу, когда «свободные и рациональные индивиды, преследующие свои интересы, в исходном положении равенства примут в качестве определяющих фундаментальные соглашения по поводу своего объединения» (Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С.26).

противостоянии теорий правопонимания, выведенных по критерию формы права, можно путем признанием плюрализма (а не синтеза) определений, дополняющих друг друга и лишь в совокупности способных дать относительно полное представление о праве.

Н.В. Варламова

Транснационализация правового регулирования в условиях глобализации и переосмысление теоретических представлений о праве

Теорию и философию права часто упрекают в утрате связи с правовой реальностью. Сегодня эта проблема становится особенно актуальной. В условиях глобализации правовое регулирование претерпевает глубокие качественные трансформации. К сожалению, не все они должным образом отрефлексированы юридической наукой и получили адекватное теоретическое объяснение.

Современный мир больше не является совокупностью сообществ, замкнутых в рамках того или иного пространства. Постепенно «рушится структура основных принципов, на которых до сих пор организовывались и жили общества и государства, представляя собой *территориальные, отграниченные друг от друга единства*». Люди получают «возможность жить и действовать одновременно здесь и там». Причем «жить в одном и том же населенном пункте уже не значит жить сообща, а жить сообща уже не значит жить в одном и том же населенном пункте»¹⁴⁷, и даже в одном государстве. Складывается все больше ситуаций, «когда люди, живущие изолированно от своих соседей, в то же время включаются в развитые связи, простирающиеся через континенты». Все это позволяет говорить о де-территоризации социальной, экономической и политической жизни¹⁴⁸.

Правовое регулирование также приобретает транснациональный характер, т.е. выходит за пределы государственных границ и государственной юрисдикции. Государство сегодня во многом утрачивает контроль над своим внутренним правопорядком, поскольку реализация принятых нормативных правовых актов, регулирующих, например, интернет, налогообложение, борьбу с безработицей или экономическими преступлениями, не может быть обеспечена исключительно находящимися в его распоряжении властными ресурсами. Формируется плотная сеть международных стандартов, задающих параметры правового регулирования прежде всего в сфере рыночных отношений и обеспечения прав человека. «В таких областях, как коммерческие контракты и права

¹⁴⁷ Бек У. Что такое глобализация? М., 2001. С. 45, 56, 133.

¹⁴⁸ Бек У. Космополитическое общество и его враги // Журнал социологии и социальной антропологии. 2003. Том VI. № 1. С. 40, 36, 44.

человека, право стремится стать универсальным языком с местными “диалектами”, а не предлагать картину мира на несоизмеримых, совершенно разных языках»¹⁴⁹, – пишет М. ван Хук.

Кроме того на региональном уровне возникают наднациональные образования и системы регулирования (на европейском континенте к таковым следует отнести Европейский Союз и систему защиты прав человека, действующую на основе Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁵⁰). Решения наднациональных институтов обязательны для государств – членом соответствующих объединений (участников соответствующих договоров) и обладают верховенством по отношению к их внутреннему праву, они непосредственно действуют в рамках национальных правопорядков, порождая права и обязанности не только для государственных органов, но и для частных лиц (на них можно ссылаться в национальных судах), и не требуют специальных внутригосударственных процедур имплементации.

Таким образом, граница между международным и внутренним правом постепенно размывается, а национальная конституция перестает быть единственным и безусловным основанием национального правопорядка. Национальные правовые системы утрачивают свою специфику и автономность, они находятся в сложных отношениях взаимозависимости с другими национальными, наднациональными и международными правопорядками. Принципы верховенства закона и свободы парламента в формулировании его содержания уходят в прошлое. Законотворческая деятельность сегодня находится под судебным контролем, который осуществляется как на национальном, так и наднациональном уровне. И если ранее конституционный (верховный) суд страны обеспечивал единство национального правопорядка, то теперь он вынужден лавировать между различными правопорядками, под юрисдикцию которых подпадает поставленный перед ним вопрос, стремясь вынести решение, согласующееся с каждым из них.

Общая направленность правового развития определяется сегодня международными стандартами. Универсальность определенных правовых норм и принципов нивелирует специфичность национальных условий, по крайней мере, порождает обязанность надлежащего обоснования необходимости отступления от них в рамках конкретного правопорядка¹⁵¹. Национальные конститу-

¹⁴⁹ Хук ван М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации. В честь Андрея Полякова // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова. Коллективная монография. В 2 т. Т. II. Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / Под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб., 2014. С.12.

¹⁵⁰ СЗ РФ. 2001. № 2. С.163.

¹⁵¹ См.: Ramraj V.V. Comparative Constitutional Law in Singapore // Singapore Journal of International and Comparative Law. 2002. Vol. 6. No. 1. P. 329 – 332; Тзен-Та Ли Д. Толкование актов

ция и законодательные акты при таком подходе рассматриваются как конкретизация общих принципов права в условиях данного государства, а потому их толкование и применение не может происходить без учета этого общего контекста и всего разнообразия его национальных интерпретаций.

Транснационализация правового регулирования довольно тесно увязана с его профессионализацией и приватизацией¹⁵². Среди сопутствующих глобализации явлений исследователи называют мультипликацию субъектов правотворчества и разгосударствление правовых режимов¹⁵³. Сегодня целый ряд отношений упорядочивается посредством самоорганизации и саморегулирования их участников, а содержание соответствующих актов определяется узким кругом экспертов и малопонятно неспециалистам. Прежде всего это касается тех сфер деятельности, которые носят трансграничный характер (например, интернет, транснациональные корпорации) и соответствующее регулирование осуществляется как на национальном, так и на международном уровне. Оно приобретает разнообразные формы: корпоративные кодексы поведения (*corporate codes of conduct*) и стандарты лучшей практики ("*best-practice self-regulation model*"), разнообразные технические и финансовые стандарты (*technical and financial standard-setting*)¹⁵⁴, правила сертификации продукции и услуг, различные неофициальные кодификации (например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии 2004 г., Принципы Ландо о европейском договорном праве (PECL) и т.п.

В разработке таких регулятивных инструментов участвуют различные организации – частные компании, в том числе транснациональные, международные организации, национальные и международные неправительственные организации, представляющие интересы потребителей различных товаров и услуг, наемных работников и иных лиц, заинтересованные в безопасности, в том числе экологической, соответствующей деятельности. Транснациональные корпорации участвуют в определении правил и стандартов, определяющих их деятельность, или присоединяются к уже существующим кодексам и хартиям, часто соглашаясь на определенные обременения, поскольку это способствует легитимации их деятельности среди потребителей и общества в целом. Нередко в

о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3 (60). С. 176–177.

¹⁵² См., например: Bütthe T., Walter M. *New Global Rules: The Privatization of Regulation in the World Economy*. Princeton, 2011.

¹⁵³ См., например: Robilant di A. *Genealogies of Soft Law* // *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 500.

¹⁵⁴ См., например: Руководство EASA по созданию организации саморегулирования. Практические рекомендации по созданию и развитию системы саморегулирования рекламы. EASA, 2008 // [http://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20\(2008\)%20-%20Russian%20version.pdf](http://easa-alliance.org/sites/default/files/Guide%20to%20Setting%20Up%20an%20SRO%20(2008)%20-%20Russian%20version.pdf) (Дата обращения: 18.08.2016 г.).

процесс саморегулирования вовлекаются и государственные органы, ответственные за ту или иную сферу, тогда формируются так называемые гибридные (государственно-частные) режимы или системы со-регулирувания (*co-regulation*)¹⁵⁵.

На транснациональном уровне формируются разнообразные системы многосубъектного регулирования (*multi-stakeholder regulation*)¹⁵⁶, т.е. регулирования осуществляемого совместно различными заинтересованными организациями (государствами, частными корпорациями, неправительственными организациями национального и международного уровня, отдельными лицами (прежде всего – экспертами) и другими социальными акторами) на основе взаимовыгодного партнерства с целью создания благоприятной международной среды для устойчивого экономического и социального развития¹⁵⁷. Потребность в таком регулировании возникает в связи с тенденциями к ослаблению государственных систем регулирования, усилению позиций транснациональных корпораций и их влияния на социально-экономические процессы, возрастанию требований, предъявляемых институтами гражданского общества в отношении новых механизмов обеспечения корпоративной ответственности¹⁵⁸.

Корпоративное саморегулирование и многосубъектное регулирование принято относить к так называемому мягкому праву (*soft law*)¹⁵⁹. Данный термин изначально возник для обозначения инструментов гармонизации законодательства государств – членов Европейского Союза в тех областях сотрудничества, которые не охватываются правом ЕС, имеющим прямое действие (так называемый открытый метод координации)¹⁶⁰, и ряда положений

¹⁵⁵ См., например: Демин А.В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования. М., 2016. С. 18, 121.

¹⁵⁶ В литературе акцентируется различие между многосубъектным (*multi-stakeholder*) и многосторонним (*multi-lateral*) регулированием. Под последним в международном праве традиционно понимается участие в установлении правил нескольких государств (типичный пример – многосторонние международные договоры), в то время многосубъектное регулирование предполагает вовлеченность в него разнообразных субъектов. См., например: Ефремов А.А. Оценка регулирующего воздействия как инструмент повышения эффективности правового регулирования в международных организациях // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: Сборник трудов международной научной конференции (Воронеж 02 – 04 июня 2016 г.) / отв. ред. В.В. Денисенко. Воронеж, 2015. С. 404.

¹⁵⁷ См.: Pigman G.A. *The World Economic Forum. A Multi-stakeholder Approach to Global Governance*. London – New York, 2007.

¹⁵⁸ O'Rourke D. *Multi-stakeholder Regulation: Privatizing or Socializing Labor Standards?* // *World Development*. 2006. Vol. 34. No. 5. P. 899.

¹⁵⁹ См.: Демин А.В. Указ. соч.; Scott C. *Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance* // *Journal of Law and Society*. 2002. Vol. 29. P. 56; Moran V. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*. Oxford, 2003.

¹⁶⁰ Trubek M., Trubek L. *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Coordination* // *European Law Journal*. 2005. Vol. 11. Issue 3. P.343–364; Senden

международного права, содержащихся в резолюциях, рекомендациях и коммюнике различных международных организаций¹⁶¹. Позднее термин «мягкое право» стал использоваться и применительно к внутригосударственному регулированию¹⁶².

Формально мягкое право не является юридически обязательным, на него напрямую (как не единственное основание притязаний) нельзя ссылаться в национальных, наднациональных и международных судах. Однако нормы мягкого права оказывают на соответствующие отношения реальное (а часто и определяющее) регулятивное воздействие. Принято считать, что нормы мягкого права не снабжены санкциями¹⁶³, но это не совсем так. Следование нормам мягкого права обеспечивается благодаря взаимной заинтересованности в их соблюдении, а также за счет различных форм социального давления, осуществляемого участниками соответствующих отношений. Эти формы социального давления, обеспечивающие контроль за соблюдением согласованных правил, выявление и наказание их нарушителей, институционализированы, достаточно разнообразны и весьма эффективны. Они включают такие институты и процедуры как глобальные соглашения между транснациональными корпорациями и профсоюзами, наблюдательные органы неправительственных организаций, специальные общественные омбудсмены, механизмы сертификации продукции и услуг, мониторинг состояния дел и регулярное предоставление отчетов, репутационная ответственность («огласка и порицание» (“*name and shame*”) и формирование «черных списков» компаний-нарушителей), потребительские бойкоты. В последние годы активно развиваются системы контроля, основанные на подаче жалоб (*complaints-based systems*), и «транснациональные судебные и квазисудебные разбирательства» (“*transnational litiga-*

L. Soft Law in European Community Law. Oxford and Portland Oregon, 2004. P.111–113; Snyder F. Soft Law and the Institutional Practice in the European Community // The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël / Ed. by M. Stephen. Dordrecht. Boston; Landon, 2010. P. 112, 198.

¹⁶¹ См.: Mörtz U. Introduction in Soft Law in Governance and Regulation. Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2004.

¹⁶² См.: Демин А.В. Указ. соч. С. 148–156.

¹⁶³ А.В. Демин определяет мягкое право как «совокупность формализованных общих положений (норм, принципов, критериев, стандартов), которые не имеют юридически обязательного характера, не обеспечены официальными санкциями и соблюдаются добровольно в силу авторитета их создателей, заинтересованности адресатов и целенаправленного социального “давления”, которое оказывает на потенциальных (и фактических) нарушителей соответствующее сообщество» (См.: Демин А.В. Указ. соч. С. 88). Данное определение в целом вполне корректно, но только если понимать термины «юридическая обязательность» и «официальные санкции» исключительно в духе классического легизма, восходящего к Дж. Остину.

tion”)¹⁶⁴. Государство вынуждено считаться с корпоративным саморегулированием, в ряде случаев принимает в нем участие (многосубъектное регулирование) и иногда обеспечивает реализацию таких правил мерами государственного принуждения.

Распространение многосубъектного регулирования в различных сферах отношений свидетельствует о переходе от классической модели регулирования, основанной на командах и контроле (*command-and-control model of regulation*) к новой системе, когда негосударственные акторы участвуют не только в реализации, но и в определении публичной политики. В англоязычной литературе это обозначается как «*shift from government to governance*»¹⁶⁵. Буквально данное словосочетание плохо переводится на русский язык. Но суть этого сдвига заключается в том, что новая система складывается из совокупности различных способов, посредством которых отдельные лица и учреждения, государственные и частные, управляют своими общими делами. Она представляет собой непрерывный процесс, в ходе которого согласуются конфликтующие или разнонаправленные интересы и принимаются совместные меры, и включает формальные институты и режимы, обладающие полномочиями для обеспечения реализации достигнутых соглашений, а также неформальные договоренности, которые соблюдаются в силу того, что отвечают интересам соответствующих лиц и институтов¹⁶⁶. Эта система включает различные виды регулирования: традиционное государственное регулирование, государственно-частное сорегулирование, корпоративное саморегулирование и многосубъектное регули-

¹⁶⁴ См. подробнее: Фогельсон Ю.Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 9. С.46–48; Utting P. Regulating Business Via Multi-stakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment. Prepared for the UNRISD Project on Business Responsibility for Sustainable Development Under the Programme Area Technology, Business and Society // Voluntary Approaches to Corporate Responsibility: Readings and a Resource Guide by the UN Non-Governmental Liaison Service (NGLS) and UNRISD Geneva, Switzerland, May 2002 // URL: [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/35F2BD0379CB6647C1256CE6002B70AA/\\$file/uttngls.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/35F2BD0379CB6647C1256CE6002B70AA/$file/uttngls.pdf) (Дата обращения: 21.08.2016 г.)

¹⁶⁵ См., например: Mayntz R. From Government to Governance: Political Steering in Modern Societies // Governance of Integrated Product Policy / Ed. by Scheer D., Rubik F. Aizlewood Mill, 2006. P. 18 – 25; Mele V., Schepers D.H. E Pluribus Unum? Legitimacy Issues and Multi-stakeholder Codes of Conduct // Journal of Business Ethics. 2013. Vol. 118. Issue 3. P. 561; Haufler V. A Public Role for the Private Sector. Washington, 2001; Haufler V. New Form of Governance: Certification Regimes as Social Regulations of the Global Market // Social and Political Dimensions of Forest Certification. Ed. by Elliott C., Meidinger E., Oesten G. Remagen-Oberwinter: Forstbuch, 2003. P.237–247; Pattberg P. The Institutionalization of Private Governance: How Business and Nonprofit Organizations Agree on Transnational Rules // Governance. 2005. Vol. 18. Issue 4. P.589–610.

¹⁶⁶ Burger D., Mayer C. Making Sustainable Development a Reality: The Role of Social and Ecological Standards // Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). Eschborn, 2003. P. 50.

рование¹⁶⁷. Она рассматривается как модель зарождающегося «сетевого управления» (“*networked governance*”)¹⁶⁸.

Таким образом, в формирование современных правовых систем вовлечен широкий круг субъектов – национальные государства и международные организации и их органы, наднациональные институты (в том числе суды), неправительственные организации национального и международного уровня (в том числе – профсоюзы), частные компании (в том числе транснациональные) и их объединения, экспертные сообщества и отдельные специалисты и т.п. Все они в той или иной мере участвуют в правотворчестве и правоприменении, и их взаимоотношения в этих процессах не являются не только иерархически организованными, но даже и четко скоординированными. Государство продолжает играть в правовом регулировании весьма значимую роль, но уже не всегда определяющую. Оно вынуждено считаться с иными субъектами данного процесса и не может безусловно претендовать на определение форм и пределов их участия в нем.

Постепенно формируется «глобальный правовой универсум»¹⁶⁹, который вполне обоснованно характеризуется как «глобальный беспорядок нормативных порядков»¹⁷⁰ и «дестабилизация традиционной нормативной иерархии»¹⁷¹. Современному правовому регулированию присущ «гетерархичный характер». Это означает, что «признание деятельности легитимной в соответствии с какой-либо одной системой норм редко является безусловным, оно может быть обойдено или поставлено под сомнение посредством обращения к другой системе норм. Различные виды наднационального и субнационального права создают сложные взаимосвязи между множеством правотворческих и правоприменительных институтов на различных уровнях. Это предполагает как конкуренцию, так и координацию. Между разными, но взаимосвязанными регулятивными сетями возникают различные типы сцеплений, однако их калейдоскопический характер затрудняет достижение полной согласованности»¹⁷². Это дает частным

¹⁶⁷ См.: Haufler V. New Form of Governance: Certification Regimes as Social Regulations of the Global Market // *Social and Political Dimensions of Forest Certification*. Ed. by Elliott C., Meidinger E., Oesten G. Remagen-Oberwinter: Forstbuch, 2003. P.237–247.

¹⁶⁸ Bäckstrand K. Multi-stakeholder Partnership for Sustainable Development: Rethinking Legitimacy, Accountability and Effectiveness // *European Environment*. 2006. Vol. 16. Issue 5. P.290–306.

¹⁶⁹ Rosenfeld M. Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism // *International Journal of Constitutional Law (I·CON)*. 2008. Vol. 6. No. 3 – 4. P. 420.

¹⁷⁰ См.: Walker N. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders // *International Journal of Constitutional Law (I·CON)*. 2008. Vol. 6. No. 3–4. P.373–396.

¹⁷¹ Picciotto S. Constitutionalizing Multilevel Governance? // *International Journal of Constitutional Law (I·CON)*. 2008. Vol. 6. No. 3–4. P.461.

¹⁷² Ibidem.

лицам, как физическим, так и юридическим, возможность лавировать между разными юрисдикциями, выбирая наиболее удобную из них¹⁷³.

Таким образом, традиционные представления о правопорядке как о единой иерархически организованной системе норм, установленных (санкционированных) государством и обеспечиваемых (в случае необходимости) исходящим от него принуждением, которые продолжают доминировать в теории права, больше не является адекватными правовой реальности. Современное состояние правового регулирования нуждается в ином теоретическом осмыслении. Легистские и этатистские интерпретации права неспособны объяснить новое состояние правового регулирования, и потому или просто его игнорируют, становясь все более оторванными от правовой реальности, или пытаются ему противостоят, рассматривая новые тенденции в развитии правового регулирования как негативные явления, которые должны быть преодолены.

Сторонники новых концепций права, базирующихся на неклассической рациональности, впадают в другую крайность, утверждая, что в современном (постмодернистском) обществе право претерпевает коренные изменения, отказывается от присущих ему базовых принципов, таких как формальная определенность, рациональность, когерентность, всеобщность, универсальность и даже нормативность¹⁷⁴, утрачивает свою *differentia specifica* и растворяется среди других социальных явлений¹⁷⁵.

Представляется, что транснационализация правового регулирования и порождаемая ею гетерархичность современных правовых систем ставят перед юридической наукой и практикой ряд серьезных проблем, решение которых, однако, не требует пересмотра сущностных оснований права и превращения его в свою противоположность.

Важнейшая среди этих проблем – обоснование действительности права, как права в целом, так и отдельных позитивных правовых предписаний (позитивных правовых решений). Данная проблема является едва ли не главной в теоретической юриспруденции. В рамках классического легизма она решается посредством так называемого теста на происхождение. Заслуга его обоснования

¹⁷³ Braithwaite J., Drahoš P. Forum-shifting and Contests of Principles // *Global Business Relation*. Cambridge, 2000. P.564.

¹⁷⁴ В своем внимании к единичному и особенному, в попытках учесть все многообразие личностных проявлений каждого человека в уникальных социокультурных контекстах, сторонники неклассической рациональности объявляют «“тиранию нормы” репрессивной в отношении “цветущего многообразия” социокультурного опыта» (Смирнова Н.М. Рациональность социального знания: когнитивный нормативизм и стратегии интерпретации // *Рациональность на перепутье*. В 2-х книгах. Кн. 1. М., 1999. С.213).

¹⁷⁵ См., например: Честнов И.Л. *Постклассическая теория права*. СПб., 2012; Стовба А.В. О перемене сущности, или «что есть» право в эпоху постметафизики // *Правоведение*. 2008. № 1. С.157–164; Мелкевик Б. Говорите на языке «нового нарратива о праве», или о том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя // *Правоведение*. 2012. № 1. С.37–56.

принадлежит Дж. Остину, утверждавшему, что право – это приказ суверена своим подчиненным, т.е. требование должного поведения, исходящее прямо или опосредовано от лица или группы лиц, осуществляющих высшую суверенную власть в рамках определенного политического сообщества¹⁷⁶. Многие философы права считают тест на происхождение самым оригинальным и важным в юридическом позитивизме¹⁷⁷. В неолегистских (нормологических) концепциях права упор делается на соподчиненность правовых норм: их иерархическую организацию, восходящую к постулируемой основной норме, у Г. Кельзена¹⁷⁸; взаимосвязь первичных и вторичных правил у Г. Харта¹⁷⁹. Все эти концепции исходят из единства и государствоцентричности правопорядка (правовой системы) и плохо работают в условиях их денационализации и гетерархичности.

Современные концепции права, признающие его циркулярность и сетевую структуру, например, коммуникативная концепция М. ван Хука¹⁸⁰, проблему юридического обоснования действительности правовых норм считают несущественной. Правовая система, по мнению М. ван Хука, нуждается в социальной легитимации, т.е. признании со стороны внешних ей систем. При этом такая легитимация имеет «плюралистическое измерение», т.е. «различные типы (совокупности) правил и принципов будут требовать различных типов легитимации: моральной, политической, экономической и т.п. Некоторые будут требовать содержательную легитимацию, для других может оказаться вполне достаточно формальной легитимации»¹⁸¹.

Однако в данном случае нарушается один из важнейших, основополагающих принципов права – принцип правой определенности. В контексте коммуникативной интерпретации права М. ван Хука предпочтение отдается «*конкретизированной справедливости*, учитывающей специфические характеристики конкретного случая, а не общей справедливости, дающей широкие и всегда одинаковые определения во всех случаях, поддерживая “равенство” и “юридическую определенность”». ¹⁸² Здесь «отбрасывается традиционная оппозиция между “равенством” и “общей справедливостью”, с одной стороны, и между “индивидуальной справедливостью” и “конкретизирующей справедливостью” –

¹⁷⁶ Austin J. The Province of Jurisprudence Determined and the Study of Jurisprudence. 1832. P.11.

¹⁷⁷ См., например: Murphy J., Coleman J. Philosophy of Law. Boulder: Westview Press. 1990. P.22. См. также: «Не является правом то, что не дает ответа на вопрос о происхождении своего нормативного характера и не способно к такому ответу!» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С.47).

¹⁷⁸ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб., 2015. С.240–342.

¹⁷⁹ Харт Г.Л.А. Понятие права / пер. с англ. Под ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб., 2007. С.84–103.

¹⁸⁰ Хук ван М. Право как коммуникация. СПб., 2012. С.57–58, 152–157.

¹⁸¹ Там же. С.251.

¹⁸² Там же. С.279.

с другой. Юридическая определенность более не рассматривается как некое теоретическое предсказание юриста о том, как будет применяться правило вне зависимости от конкретных условий казуса. Определенность правила измеряется в том, как средний гражданин обычно представляет себе правило (или его интерпретацию) на основании своего обывательского знания о нем, о юридических и моральных принципах, соединенных с разумностью и здравым смыслом. При такой интерпретации «правовая определенность» не противоречит более «индивидуальной справедливости»¹⁸³. Определенность, позволяющая предсказывать, как будет применяться правило, более не рассматривается как значимая характеристика права, выражающая его сущность и обеспечивающая ему социальную легитимацию.

Однако и при такой трактовке (полностью нивелирующей специфику правового регулирования) преодоление иерархии оказывается мнимым. Отказ от иерархического структурирования правовой системы и требования соответствия норм нижестоящего уровня вышестоящим, правоприменительных решений – нормативным предписаниям ведет к развитию свободных методик толкования права. Одной из них является теория толкования известного французского конституционалиста М. Тропера, которую он сам называет реалистической, а Е.В. Тимошина вполне обоснованно характеризует как волюнтаристскую¹⁸⁴. Отрицая нормативную иерархию в рамках национальной правовой системы, М. Тропер утверждает, что конституция, по сути, «является системой органов, наделенных полномочием совместного определения своей собственной компетенции... В этой системе разные органы осуществляют определенные властные полномочия, вследствие чего разграничение между конституцией и подчиненными ей актами практически не имеет никакого смысла»¹⁸⁵. Судебные и несудебные органы для применения конституции должны ее сначала истолковать, а значит и как бы «воссоздать» при этом они, по мнению М. Тропера, связаны «не какими-либо юридическими нормами, а исключительно системой властных отношений, в которых они принимают участие»¹⁸⁶. Подлинным автором нормы является тот, кто ее толкует¹⁸⁷, а подлинным толкованием нормы является то,

¹⁸³ Там же.

¹⁸⁴ Тимошина Е.В. Правовое регулирование в ситуациях конкуренции прав человека: концепция «взвешивания» Р. Алекси // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: Сборник трудов международной научной конференции (Воронеж 02 – 04 июня 2016 г.) / отв. ред. В.В. Денисенко. Воронеж: НАУКА-ЮНИПРЕСС, 2015. 624 с. С. 74, 77.

¹⁸⁵ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С.176–177.

¹⁸⁶ Там же. С.179.

¹⁸⁷ Эта идея некоторым образом перекликается со знаменитым постмодернистским концептом «смерти автора» Р. Барта, когда любой текст всегда рассматривается как написанный «здесь и сейчас»; он создается заново при каждом новом прочтении, потому что

которое нельзя оспорить¹⁸⁸. «Если акт толкования исходит от властного органа, прямо или косвенно уполномоченного на толкование, и если этот акт не может быть оспорен в другом властном органе, то такое толкование является обязательным и полностью встраивается в истолкованный текст, который впредь может применяться только в том смысле, который был выявлен в ходе толкования. И тогда утверждение, согласно которому некий акт толкования является истинным, не основано на истинном смысле; напротив, именно акт толкования, исходящий от правомочного органа, позволяет установить, какой смысл является истинным»¹⁸⁹, – полагает он. Таким образом, иерархию норм М. Тропер заменяет иерархией властей¹⁹⁰.

Задаваясь вопросом, «является ли акт толкования действительным в силу своего содержания (например, если он раскрывает истинное значение текста) либо, наоборот, в силу того, что он исходит от компетентного органа (независимо от своего содержания)»¹⁹¹, М. Тропер делает выбор в пользу второй альтернативы. Однако в условиях глобализирующегося и взаимозависимого мира попытки выстраивания властных иерархий и притязания на безусловную и исключительную юрисдикцию в какой-либо сфере отношении непродуктивны и ведут к опасной конфронтации. Основанием действительности того или иного правового решения может быть только его содержание. Поиск и согласование на содержательном уровне общих подходов к решению аналогичных правовых проблем, возникающих в рамках разных юрисдикций, и составляет суть современной юридической практики. Наилучшие позитивно-правовые решения различных юридических проблем следует искать в процессе «транссудебной коммуникации», которая развивается между судами различных стран, на различных уровнях и в разнообразных формах¹⁹². Представляется, что только таким

источник его смысла лежит исключительно в интерпретациях читателя, а так называемый подлинный, изначальный смысл, вложенный в него писателем (Р. Барт умышленно говорит именно о писателе, а не об авторе), обнаружить невозможно. См.: Барт Р. Смерть автора // Барт Р. Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М., 1994. С. 384–391; Береснева Н.И., Кокарева Е.А. Развитие идеи «смерти автора» // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота. 2012. № 10 (24). В 2-х частях. Ч. I. С.34–37.

¹⁸⁸ См.: Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С.16–18.

¹⁸⁹ Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / Под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012. С.193.

¹⁹⁰ «Можно сказать, что согласно реалистической теории толкования нормативная иерархия отражает иерархию властей» (Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С.18).

¹⁹¹ Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / Под ред. А.В. Полякова. СПб., 2012. С.197.

¹⁹² Slaughter A-M. A Typology of Transjudicial Communication // University of Richmond Law Review. 1994. Vol. 29. P.99–137.

образом может быть обеспечена правовая определенность в условиях гетерархичности правовых систем.

Основанием для достижения содержательного консенсуса выступают общие принципы права, а адекватной теоретической базой для этого может стать либертарная концепция права, утверждающая наиболее формальное, абстрактное, а потому и универсальное его понимание. Гарантируя свободу и формальное равенство всех участников социального взаимодействия, право в его либертарном понимании позволяет конституировать максимально абстрактный и формализованный социальный порядок, в рамках которого в равной мере и в определенных пределах (обеспечивающих возможность их сосуществования) признаются и защищаются различные моральные и религиозные системы социальной регуляции. Необходимая в условиях глобализации универсализация социального порядка, осуществляемая на таких основах, не повлечет за собой уничтожение культурно-цивилизационного разнообразия человечества и позволит всем сообществам, вовлеченным в современные интеграционные процессы, сохранить свою национальную, культурную, религиозную, языковую и т.п. идентичность.

Н.Ф. Ковкель

Семиотическая концепция права в контексте постмодернистской парадигмы

Большинство исследователей постмодернистской философии и теории права едины в том, что незаконченный модернистский проект исследования права привел к пониманию постмодернизма скорее как к отрицанию модерна, нежели его развитию. Преодолевая систему ценностей модернизма, постмодернизм подвергает сомнению любую идеологию, ведущую к гомогенности, и концентрируется на постоянной изменчивости, множественной и многоуровневой модели права, комплексности и глобализма, парадоксальности бытия права. Как справедливо замечает В. Веренич, «в условиях постмодернизма происходит очевидное переключение внимания с нормативных и процедурных аспектов права либо на метанормативные и интернормативные, либо на коммуникативные характеристики правовой деятельности, причем интеграция разнородных атрибутов правовой деятельности достигается благодаря попытке синтеза правовой догматики и социальной философии»¹⁹³.

Множественностью и отсутствием общей платформы обладают и сами постмодернистские концепции права. Так, для немецкой философии и теории

¹⁹³ Веренич В. Семиотическое исследование права в контексте постмодернизма [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.rulit.me/books/semioticheskoe-issledovanie-prava-v-kontekste-postmodernizma-read-376642-1.html> (Дата обращения: 03.01.2016 г.).

права в качестве основных постмодернистских подходов выступают новая риторика, теория правового дискурса, учение о правовой аргументации и системная теория. А англо-американские правоведы отдают предпочтение критической теории права, деконструктивизму и правовой семиотике. Однако для подавляющего большинства постмодернистских подходов к праву характерно многоярусное представление о праве. «В глазах постмодерниста модернистская модель права как иерархической пирамиды теряет свою ценность, уступая дорогу сложной, многоуровневой, но далеко не иерархической, модели права, которую скорей можно было бы уподобить ячейкам внутри вавилонской башни, внутри которой перемешаны различные стили, стратегии, воззрения, объекты, тексты и далеко не тождественные друг другу прочтения этих текстов»¹⁹⁴. В этой связи именно семиотический подход как наиболее универсальный, способный к разработке метаязыка права, мог бы выступить объединяющей основой для иных постмодернистских концепций права.

Основным препятствием для такого объединения выступает отсутствие общепризнанных концептов правовой семиотики и ее единой парадигмы. Некоторые европейские исследователи даже отмечают невозможность проследить всю историографию семиотики права и критически оценить её влияние на изучение права¹⁹⁵. Наиболее известными научными направлениями в этой сфере являются *Пирсеанская* и *структуралистская семиотики права*, оформившиеся в 70-90-х годах XX века. Они возникли на основе логико-математического и лингвистического направлений, по которым первоначально развивалась общая семиотика. Для *логико-математического направления*, основанного на идеях Ч.С. Пирса, был характерен акцент на проблеме знака, а также предельно широкий подход к пониманию знака и знакового процесса. При этом объектом семиотических исследований выступали самые разнообразные знаки и знаковые системы (искусственные языки, жесты людей, «языки» животных и т.д.). *Лингвистическое направление* получило более широкое распространение в Европе. Вслед за Ф. де Соссюром его представители рассматривали семиотику как применение лингвистических методов к вне-лингвистическим объектам и первоочередное внимание уделяли не столько знаку, сколько *коммуникативному акту*. Особый вклад в развитие лингвистической традиции в семиотике внесли представители французского структурализма и постструктурализма (Р. Барт, А.-Ж. Греймас, Ж. Делез, Ж. Деррида, Ж. Женетт, Ю. Кристева, Ф. Солерс, Ц. Тодоров, Ж. Фай, М. Фуко и др.).

¹⁹⁴ Веренич В. Семиотическое исследование права в контексте постмодернизма [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.rulit.me/books/semioticheskoe-issledovanie-prava-v-kontekste-postmodernizma-read-376642-1.html> (Дата обращения: 03.01.2016 г.).

¹⁹⁵ Cacciaguidi-Fahy S., Mooney A. The promise of legal semiotics // *International Journal for the Semiotics of Law*. 2009. Vol. 22. P. 382.

Основоположником *Пирсеанской школы семиотики права* является профессор Пенсильванского университета Роберта Кевельзон. Разрабатывая основы данной науки, Р. Кевельзон исходила из герменевтического диалога с трудами Ч.С. Пирса, чьи концепты она усложнила и перевела в элементы согласованной семиотики права¹⁹⁶. Право рассматривается Р. Кевельзон как сложный конгломерат знаков и знаковых систем, существующий параллельно с иными знаковыми системами, рождающимися в процессе коммуникации людей и развития различных социальных институтов. Ее теория известна прежде всего как семиотика правовой аргументации, предложившая новый метод правовых исследований, который находится в центре прагматического изучения права. Следуя Ч.С. Пирсу, Р. Кевельзон рассматривает правовую коммуникацию как перевод знаков одного уровня в знаки другого уровня и основную ее проблему определяет как *проблему знакового отношения между определенными (на основе норм права или практики) и неопределенными элементами правовой системы*. Р. Кевельзон использует концепт *парадоксальной структуры* мышления Ч.С. Пирса, который неизбежно приводит к конфликту между правовыми акторами. В отличие от постпозитивистов, природу инновационного правового знания она уподобляет эстетическим устремлениям человека и утверждает, что всякий новый правовой текст рождается через прорыв сквозь нормы и соглашения, как творчество свободы и воображения. Р. Кевельзон рассматривает право как открытую инновационную систему, в которой нет и не может быть одного, изначально заданного типа понимания¹⁹⁷.

Структуралистская концепция семиотики права была создана на основе прежде всего французского структурализма и постструктурализма. Наиболее известны работы такого ее представителя как Б. Джексон, в центре внимания которого находятся особенности смыслопорождающих процессов в праве и юриспруденции. Семиотику права данный автор понимает как науку, предметом которой должны стать особенности возникновения, трансформации и утра-

¹⁹⁶ Kelson R. Peirce's Dialogism, Continuous Predicate, and Legal Reasoning // Transactions of the Charles S. Peirce Society. 1982. № 18 (2). P.159–176; Kelson R. Peirce's Philosophy of Signs and Legal Hermeneutics // Man, Law and Modern Forms of Life / ed. by E. Bulygin et al. Dordrecht: Reidel, 1985. P.125–135; Kelson R. Semiotic Method and Legal Inquiry // Indiana Law Review. 1986. № 61 (3). P.355–371; Kelson R. Legitimizing «Repugnancy» in Law: Peirce and Contradiction // Law and Semiotics / ed. by R. Kelson Pennsylvania State University. Vol. 1. New York, London: Plenum Press, 1987. P.239–282.

¹⁹⁷ Kelson R. The law as a system of signs. New York, London: Plenum Press, 1988. P.203–270; Kelson R. The New Realism and Lawlessness in Kaleidoscope // Law and Semiotics / ed. by R. Kelson. Pennsylvania State University. Vol. 2. New York, London: Plenum Press, 1988. P.189–208; Kelson R. Icons of justice: Spirit of law // International Journal for the Semiotics of Law. 1994. Vol. 7. № 21. P.227–239.

ты смыслов в области права¹⁹⁸. В методологии семиотики права, согласно Б. Джексону, могут использоваться подходы любых наук, специализирующихся на построении и изменении смысла. Исследуя производство смыслов в праве и юриспруденции, Б. Джексон особое внимание уделяет не индивидуальным, а групповым аспектам восприятия и понимания правовых знаков и знаковых систем. Взяв за основу модель нарративной типификации А. Греймаса, Б. Джексон рассматривает все правовые действия и правовое мышление как нагруженное социальной оценкой семиотическое творчество различных «семиотических групп»¹⁹⁹.

Следует также отметить попытку В. Веренича и иных последователей Тартусской школы семиотики сформировать особую концепцию семиотики права. Широко известно, что третьим направлением общей семиотики стало культурологическое, возникшее на базе кафедры русской литературы Тартуского университета. В СССР функционировали две основные семиотические школы: московская лингвистическая и тартуская литературоведческая. Некоторые авторы не без оснований говорят о единой Московско-Тартуской школе семиотики, которая объединила ученых на основе как организационных, так и содержательных принципов²⁰⁰. Ключевым концептом этого направления является *текст*, который распространяется на описание культуры в целом. В. Веренич в докторском диссертационном исследовании «Семиотические модели правовой аргументации» и иных публикациях²⁰¹, рассматривает правовую аргументацию через концепт конфликта, который появляется «как неизбежный продукт семиокультурных процессов внутри правовой системы»²⁰². Правовая интерпретация при этом определяется автором как напряжение между пониманием и непониманием, а конфликт интерпретаций порождается различием требований правовых акторов. Это напряжение-конфликт, следуя Ю.М. Лотману, может быть снято через «внутри-описание» или через развитие пригодного метаязыка. Однако предпринятая В. Вереничем попытка разработать особую семиотическую концепцию права далека, как признает сам автор, от завершения.

¹⁹⁸ Jackson B. Making sense in law. Linguistic, psychological and semiotic Perspectives. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1995. P.15.

¹⁹⁹ Jackson B. Ibid. P. 95-98; Jackson B. Making sense in jurisprudence. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1996. P. 45-54.

²⁰⁰ Московско-тартуская семиотическая школа. История, воспоминания, размышления. М.: Школа «Языки русской культуры», 1998. С. 15-17.

²⁰¹ Verevich V. Semiotic models of legal argumentation // Department of Semiotics, University of Tartu, Estonia. Tartu: University of Tartu Press, 2014. 249 p.; Verevich V. Charles Sanders Peirce, A Mastermind of (Legal) Arguments // International Journal for the Semiotics of Law (Revue internationale de Sémiotique juridique). 2012. № 25 (1). P. 31–55; Verevich V. The Semiotic Model of Legal Reasoning // International Journal of Law, Language & Discourse 2012. № 2 (3). P. 25–58.

²⁰² Verevich V. Semiotic models of legal argumentation // Department of Semiotics, University of Tartu, Estonia. Tartu: University of Tartu Press, 2014. P. 10.

В иных государствах постсоветского пространства количество семиотики-правовых исследований крайне незначительно. Первым российским диссертационным исследованием, посвященным исключительно проблемам правовой семиотики, была работа А.К. Саркисова «Семиотика права (историко-правовое исследование правовых знаковых конструкций)»²⁰³. В этой работе автор определил понятие семиотики права, указал на значимость и некоторые возможности использования семиотического метода в общей теории государства и права, разработал концепцию правовых знаковых конструкций. Однако в исследовании А.К. Саркисова семиотико-правовые проблемы анализируются преимущественно сквозь призму знаков вексельного права, а не как имеющие самостоятельное значение.

Особый интерес вызывают работы О.М. Балинской, посвятившей проблемам семиотики права монографию²⁰⁴ и докторское диссертационное исследование на тему: «Семиотика права как философско-правовая парадигма»²⁰⁵. В них О.М. Балинская определяет предмет и методологию семиотики права, ее актуальные проблемы и возможные направления дальнейшего развития. Она исследует такие семиотические формы бытия права как сигнал правовой действительности, семиотический код права, правовой знак. О.М. Балинская анализирует структурные аспекты семиотического подхода к познанию права (денотацию, десигнацию, сигнификацию), социальную ценность права как вербальной знаковой конструкции, антропосемиотические основания права, праксеологию правовых знаков в правотворчестве и правореализации.

В отдельную группу следует выделить работы, в которых исследуются особенности правовых символов – наиболее изученных правовых знаков. Анализ правовых символов на постсоветском пространстве посвящено два диссертационных исследования: А.В. Никитина²⁰⁶ и П.Д. Шалагинова²⁰⁷. В ряде работ отдельные юридические проблемы анализируются посредством использования семиотического метода²⁰⁸. Однако они представляют собой лишь первые

²⁰³ Саркисов А.К. Семиотика права (историко-правовое исследование правовых знаковых конструкций): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. МГУ. М., 2000. 222 л.

²⁰⁴ Балинская О. М. Семиотика права: монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2013. 416 с.

²⁰⁵ Балинская О.М. Семиотика права як філософсько-правова парадигма: автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.12; Львівський держ. унів. внутрішніх справ. Львів, 2013. 32 с.

²⁰⁶ Никитин А.В. Правовые символы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Нижегород. юрид. ин-т. Н. Новгород, 1999. 228 л.

²⁰⁷ Шалагинов П.Д. Функции правовых символов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Нижегород. правовая академия. Н. Новгород, 2007. 26 с.

²⁰⁸ Павлишин О. Семіотичний аналіз права в контексті праксеологічних досліджень // Філософські та методологічні проблеми права. № 1. 2011. С. 48-56; Проскурин С.Г. Эволюция права в свете семиотики // Вопросы филологии. 2010. Т. 36. № 3. С. 106–111; Рахимов Р.А., Хабибулин А.Г. Политическая власть и право: проблемы семиотического анализа // Правоведение. 2000. № 2. С. 52-59; Хабибулина Н.И. Политико-правовые проблемы семиотического анализа языка закона: теоретико-методологическое исследование: дис. ... докт. юрид.

попытки применить данный метод в изучении тех или иных аспектов правовой действительности.

С 1997 г. автор данной статьи исследует проблемы правовой семиотики в следующих аспектах: 1) история становления и развития правовой семиотики; 2) проблемы определения основных концептов правовой семиотики; 3) проблемы классификации правовых знаков и знаковых систем; 4) особенности права и законодательства как знаковых систем; 5) определение возможных направлений развития правовой семиотики²⁰⁹. Однако с сожалением приходится констатировать, что на постсоветском пространстве имели место лишь отдельные немногочисленные публикации, которые не оформлены даже в самостоятельное научное направление.

Представляется, что достичь хотя бы относительного единства между различными семиотико-правовыми научными направлениями и семиотическими концепциями права, а в перспективе – и объединить постмодернистские исследования права общей парадигмой, возможно с принятием следующих основных концептов правовой семиотики: правовой знак, правовая знаковая си-

наук: 12.00.01; СПбГУ. СПб., 2001. 335 л.; Честнов И.Л., Разуваев Н.В., Харитонов Л.А., Черноков А.Э. Социальная антропология права современного общества. Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2006. 248 с. См. также статьи в сборнике: Знаково-символическое бытие права. 11-е Спиридоновские чтения: мат. междунар. науч.-теор. конф. / под ред. д. ю. н., проф. И. Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2013. 368 с. и др.

²⁰⁹ Чернявская Н.Ф. Семиотический анализ текста Конституции Республики Беларусь // Канстытуцыйны працэс у Рэспубліцы Беларусь: сучасны стан і перспектывы развіцця: матэрыялы міжн. «круглага стала» / ГрДУ; адк. рэд. М.У. Сільчанка. Гродна: Выд. ГрДУ, 1997. С.19–21; Чернявская Н.Ф. Законодательная языковая знаковая система и логики ее оперирования // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага універсітэта ім. Я.Купалы. Сер. 1, Гуманітарныя навукі. 2000. № 1. С. 90-96; Ковкель, Н.Ф. Основные логические особенности содержания закона и форм его выражения: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; ГрГУ. Гродно, 2001. 109 л.; Ковкель Н.Ф. Логика и язык закона: монография. Мн.: Право и экономика, 2009. 299 с.; Ковкель Н.Ф. Семиотический анализ языковой знаковой системы законодательства // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права: сб. науч. тр. Мн., 2010. Вып. 2. С. 72–86; Ковкель Н.Ф. О перспективах семиотического анализа права и законодательства // Вестник БГЭУ. 2010. № 5 (82). С.78-86; Ковкель Н.Ф. Континуум лексической прозрачности языковой знаковой системы законодательства // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага універсітэта ім. Я. Купалы. 2011. № 1. С.4–15; Ковкель Н.Ф. Правовая семиотика: особенности формирования и основные концепты // Право. by. 2015. № 2 (34). С. 57-63; Ковкель Н.Ф. Антропологическая сущность права в контексте семиотического подхода и основные концепты правовой семиотики // Этические и антропологические характеристики современного права в ситуации методологического плюрализма: сб. науч. тр. / УО «Акад. М-ва внутр. дел Республики Беларусь»; под общ. ред. В.И. Павлова, А.Л. Савенка. Минск: Акад. МВД, 2015. С.175-183; Ковкель Н.Ф. Проблемы легитимации права в контексте семиотического анализа // Признание права и принцип формального равенства: сб. тр. межд. научн. конф. (Воронеж, 10-11 июня 2015 г.) / редколл.: Денисенко В.В. [отв. ред.], Беляев М.А. М.: Современная экономика и право, 2015. С.216-232 и др.

стема, базисный знак правовой знаковой системы, правовая семиосфера, правовой семиозис (семиотическая деятельность)²¹⁰.

Определяя понятие правового знака, большинство западных исследователей ориентируется на дефиниции знака, разработанные в общей семиотике. Одной из первых его определила Р. Кевельзон, исходя из понимания знака Ч.С. Пирсом²¹¹. В семиотико-правовых исследованиях постсоветского пространства понятие правового знака определяется крайне редко, предпочтение принято отдавать правовым символам или правовым знаковым конструкциям. С целью разработки точной дефиниции правового знака необходимо обратиться к современным достижениям общей семиотики. Оптимальной представляется дефиниция знака, предложенная А.Б. Соломоником²¹², исходя из которой *правовой знак* может быть определен как нечто, что обозначает или кодирует объекты правовой реальности (материальной или идеальной) в целях их описания, нахождения или для обработки и получения новой правовой информации. При этом необходимо отметить, что большинство вербальных правовых знаков обозначают не материальные, а идеальные объекты. На это обстоятельство обратил внимание еще Цицерон в своей популярной среди римских юристов «Ториса», написанной по просьбе Гая Требация Тесты (Тор., IV. 27)²¹³. В XX веке идея об отсутствии фактуальных аналогов у большинства правовых понятий станет ключевой у таких представителей Скандинавской школы права как А. Хегерстрем и К. Оливекрона, ей посвятит свою интереснейшую инаугурационную лекцию в Оксфордском университете Г.Л.А. Харт²¹⁴.

Отдельную и сложную проблему составляет классификация правовых знаков. Семиотики права в европейских странах и США чаще всего следуют наиболее распространенной классификации, предложенной Ч.С. Пирсом²¹⁵. Ее сущность состоит в делении знаков на иконы, индексы и символы. Однако большинство семиотиков не находят эту трихотомию, равно как и иные, предложенные в науке варианты классификации знаков, полными и достаточными, особенно в процессе анализа реально существующих систем обозначения. Се-

²¹⁰ Ковкель Н.Ф. Правовая семиотика: особенности формирования и основные концепты // Право. by. 2015. № 2 (34). С.57-63.

²¹¹ Kevelson R. The law as a system of signs. New York; London: Plenum Press, 1988. P.15-19.

²¹² Соломоник А. Позитивная семиотика (о знаках, знаковых системах и семиотической деятельности) / Под ред. Г. Крейдлина. Мн.: МЕТ, 2004. С.18.

²¹³ Цицерон М.Т. Тописка // Эстетика: Трактаты. Речи. Письма. М.: Искусство, 1994. С.61.

²¹⁴ Hart H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture. Oxford: Oxford University Press, 1953. 28 p. (были англоязычные переиздания 1954, 1975, 1983 гг.). Имеется русскоязычный перевод, выполненный С.Н. Касаткиным: Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции // Правоведение. 2008. № 5 (280). С.6-32.

²¹⁵ Broekman J.M., Backer L.C. Lawyers Making Meaning // The Semiotics of Law in Legal Education II / Ed. J.M. Broekman. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013. P. 234; Kevelson, R. The law as a system of signs. New York; London: Plenum Press, 1988. P.45-48.

миотики права постсоветского пространства классифицируют правовые символы, их функции, правовые знаковые конструкции, а не правовые знаки. Представляется, что в основу классификации правовых знаков могут быть положены как юридические, так и в первую очередь общесемиотические критерии. Из разнообразных классификаций знаков, предложенных в современной семиотике, наиболее целесообразной представляется классификация А.Б. Соломоника. Заклучив, что классификация отдельных знаков практически недостижима, он классифицировал знаковые системы по критерию образующих их базисных знаков. Это позволило свести все многообразие знаковых систем к пяти основным типам: естественным, образным, языковым, системам записи и кодовым знаковым системам²¹⁶. Указанные типы знаковых систем расположены в той иерархии, в которой они появлялись в филогенезе человечества и в онтогенезе каждого отдельного человека, а также по степени возрастающей абстрактности их базисного знака.

Данная классификация базисных знаков и основанных на них знаковых систем позволяет исследовать различные типы знаков и знаковых систем, представленные в праве. Однако прежде, чем перейти к их рассмотрению, необходимо определить такие концепты правовой семиотики как правовая знаковая система и базисный знак правовой знаковой системы. Под *правовой знаковой системой* следует понимать совокупность правовых знаков, функционирующих в соответствии с правилами, приданными или имманентно присущими данной системе. Под *базисным знаком правовой знаковой системы* – знак, который превалирует в данной системе и обуславливает уровень ее абстракции и знаковых трансформаций.

Право является настолько сложным феноменом, что на различных уровнях его бытия мы можем обнаружить все без исключения типы базисных знаков и знаковых систем - от естественных до кодовых. Так, естественные знаковые системы функционируют в праве прежде всего на уровне правоотношений. В системе правомерного или правонарушающего поведения встречаются многочисленные естественные знаки, выступающие признаками тех или иных предметов, явлений, процессов. В силу их разнородности, естественные знаки правовой сферы невозможно подвергнуть обобщающей научной классификации. Исследование этих знаков идет по следующему пути: выделяется какой-либо вид или подвид юридической деятельности и анализируются присущие им наиболее распространенные естественные знаки.

Образные знаки и их системы представлены в праве самой разнообразной правовой символикой. Именно они, как правило, обозначаются понятием «правовой символ». Как отмечалось ранее, правовые символы исследуются уже

²¹⁶ Соломоник А. Позитивная семиотика (о знаках, знаковых системах и семиотической деятельности) / Под ред. Г. Крейдлина. Мн.: МЕТ, 2004. С. 6-14.

около двух веков, и классифицируются по самым разнообразным основаниям²¹⁷. Наиболее распространенной классификацией правовых символов (образных правовых знаков) является их деление по способу внешнего выражения на: предметные символы (флаг, форменная одежда, государственные награды и др.), изобразительные символы (герб, товарный знак, дорожные знаки), звуковые и световые символы, а также символы действия (различные правовые процедуры - от инаугурации до приветствия суда стоя).

Слово и языковые знаковые системы выражают содержание норм права и выражены во всех видах правовой речи, а также зафиксированы посредством системы записи в разнообразных правовых текстах. Правовые языковые знаковые системы, базисным знаком которых является слово, и системы их записи представлены в следующих видах правовых текстов и правовой речи: 1) текстах источников права; 2) правореализационных, и прежде всего правоприменительных, правовых текстах; 3) правовой речи правотворческого, правоинтерпретационного и правореализационного процессов (как профессиональной, так и обыденной); 4) научных и учебных правовых текстах; 5) научной правовой речи и правовой речи образовательного процесса. Относительная обособленность указанных видов правовых текстов и правовой речи позволяет рассматривать их как языковые знаковые подсистемы или подсистемы записи. Причем указанные виды правовых языковых знаковых систем и систем их записи подлежат дальнейшей, более сложной классификации на основании юридических критериев²¹⁸.

Наконец, даже самые формализованные из знаков и знаковых систем - кодовые системы, могут быть представлены в праве, например, в случаях формализации правовых текстов, т.е. их перевода на язык формальной логики. Актуальность перевода самых разнообразных правовых текстов на язык логических символов в наш компьютерный век очевидна, поскольку только такой перевод позволяет разрабатывать и эффективно использовать компьютерные технологии как в правотворческом, так и в правоприменительном процессах. Во многих европейских странах и США такие технологии стали неотъемлемой частью правотворчества, расследования преступлений и т.д. В ряде публикаций мы предлагали ряд решений проблемы формализации текстов нормативных правовых актов Республики Беларусь, которые, к сожалению, и по сей день не нашли практического применения.

Каждая знаковая система обладает следующими основными характеристиками: базисными и производными знаками, функциональными элементами

²¹⁷ Никитин А.В. Правовые символы. Дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999. С.151-155.

²¹⁸ Ковкель Н.Ф. Основные элементы структуры правового языка // Вестник Пермского университета. 2013. № 4 (22). С. 44-51.

системы, метаязыком системы, логиками оперирования системой, системой записи правил и операций знаковой системы, а также возможностью верификации промежуточных и окончательных результатов работы с системой. Представляется, что анализу по обозначенным параметрам могут быть подвергнуты самые разнообразные правовые знаковые системы: от естественных до кодовых. Подобное семиотическое исследование позволит обнаружить множество новых закономерностей, присущих праву как совокупности знаковых систем. Более того, на основе указанного анализа как раз и возможна разработка семиотического подхода к праву как сложной системе различных типов знаков и основанной на них разноразмерной организации знаковых систем.

Особое значение для разработки семиотического подхода к праву имеет концепт *правовой семиосферы*. Термин «семиосфера», понимаемый как пространство, заполненное разнотипными и разноразмерными знаками (текстами и языками), был впервые введен в научный оборот Ю.М. Лотманом в 1984 году по аналогии с ноосферой В.И. Вернадского²¹⁹. Правовая семиосфера может быть определена как континуум, в котором функционируют правовые знаки и знаковые системы, реализуются правовые коммуникативные процессы и создается правовая информация. Следуя Ю.М. Лотману, правовой семиосфере как элементу глобальной семиосферы присущи следующие признаки: ограниченность от внесемиотического или иносемиотического пространства, неравномерность организации (наличие ядерных структур и периферии), несинхронность развития различных участков, пространственная симметрия – асимметрия. Представляется, что исследование именно данных особенностей правовой семиосферы позволит исследовать организацию и эволюцию права как особого континуума знаков и знаковых систем.

Последний базисный концепт правовой семиотики – *правовой семиозис*, имеет особое значение для развития правовой прагматики. Он может быть определен как деятельность, связанная с созданием и функционированием правовых знаков и знаковых систем. Данным концептом охватываются все виды правовой деятельности: от правотворческой до правореализационной. При этом их анализ должен исходить из особой семиотической модели правовой коммуникации. Представляется, что элементами такой модели являются: 1) адресант (отправитель) правового знака; 2) адресат (получатель) правового знака; 3) правовой знак (совокупность знаков); 4) коды (языки) адресанта и адресата; 5) контексты, в которых создается и интерпретируется правовой знак (совокупность знаков); 6) коммуникативный канал; 7) тематическое поле; 8) коммуникативная компетенция адресанта и адресата²²⁰. На основании данной модели могут быть

²¹⁹ Лотман Ю.М. О семиосфере // Избранные статьи в трех томах. Т. 1. Статьи по семиотике и топологии культуры. Таллин: «Александра», 1992. С.11-24.

²²⁰ Ковкель Н.Ф. Проблемы легитимации права в контексте семиотического анализа // Признание

построены и иные семиотические конструкции правовой деятельности: правотворческие, правосистематизационные, правоинтерпретационные, правоприменительные и др. Указанные основные концепты правовой семиотики позволят глубже исследовать знаковую природу права и выработать общую парадигму для постмодернистских подходов к праву.

И.Н. Ившина

Федерализация, федерализм и федерация в контексте различных типов правопонимания

Одной из центральных проблем правопонимания является проблема соотношения права и государства. Принципиальное решение именно этой проблемы дает нам весь спектр существовавших и существующих типов правопонимания. Таким образом, все типы правопонимания априори признают генетическую неразрывную взаимообуславливающую связь права и государства, давая возможность более глубокого и разностороннего осмысления этих социальных феноменов. Следовательно, в рамках правопонимания возможно и нужно говорить о государстве: история правовой и политической мысли дает нам богатейший материал для исследования идей, взглядов и воззрений. Однако сравнительно открытым в данном контексте остается вопрос о правовой природе федеративного государства.

В рамках юридической науки исследованиями проблем генезиса и основополагающих начал федерализма, институционального оформления и функционального содержания федеративных отношений в большей мере занимаются специалисты в области конституционного и международного права, а также теоретики и историки права и государства. Некоторые проблемы, связанные со спецификой правового регулирования общественных отношений в федеративном государстве в рамках отдельных отраслей преимущественно публичного права время от времени обсуждаются специалистами по финансовому, административному, уголовному праву, учеными-процессуалистами (особенности судебного контроля в федеративном государстве). В результате размывается предмет исследования и существует многообразие несовпадающих подходов к понятию «федерализм» и связанных с ним явлений. А. О. Лебедев отмечает, что эти проблемы «уходят корнями в разные типы правопонимания, а в конечном итоге в несовпадающие аксиологические предпочтения исследователей»²²¹. В

права и принцип формального равенства: сб. тр. межд. научн. конф. (Воронеж, 10-11 июня 2015 г.) / редколл.: Денисенко В.В. [отв. ред.], Беляев М.А. М.: Современная экономика и право, 2015. С. 216-232.

²²¹ Лебедев А. О. Идеи федерализма в российской науке конституционного права во второй половине XIX – начале XX вв. Дисс. ... к. юрид. н. М., 2013. С.168.

данной статье делается попытка анализа правовой природы федеративного государства в контексте различных теорий правопонимания.

Федеративные государства в исторической ретроспективе появились сравнительно недавно: большинство исследователей сходятся на том, что в современно понимании первой федерацией стали Соединенные Штаты Америки после вступления в силу Конституции 1787 г. В целом история государства и права насчитывает более пятидесяти федераций, половина из которых существует в настоящее время. Таким образом, имеется обширный эмпирический материал, позволяющий верифицировать абстрактные политические и правовые идеи, используя весь арсенал методов научного исследования. Но прежде всего нужно определиться с методологической основой: понять, что в федеративном государстве является непреложно ценным, перманентно сущим и требующим первоочередной и всесторонней конституционно-правовой и государственной защиты? При этом целесообразно сконцентрироваться на специфике федеративного государства, отграничив его от унитарного государства, империи и конфедерации, которые в свою очередь могут иметь черты автономии и децентрализации.

Как известно, в теории традиционно выделялись и противопоставлялись позитивное и естественное право. В свою очередь все федеративные государства были созданы двумя возможными способами: во-первых, путем объединения отдельных политико-правовых единиц в целое союзное государство («снизу» – США, Швейцария, Канада, Австралия, Германия, Объединенные Арабские Эмираты), во-вторых путем разделения унитарного государства на части с наделением их статусом субъектов федерации в ходе конституционных реформ («сверху» – Россия, Бельгия). Попробуем определить особенности федерализации с позиций различных типов правопонимания.

Изучая федерализм в целом, большинство зарубежных ученых утверждает, что федеративные государства основываются на федеративных договоренностях, в которых проявляется естественно-правовое начало²²². Действительно, создание федераций путем объединения частей в целое обязательно сопровождалось каким-либо договорным процессом, в ходе которого будущие субъекты федерации достигали допустимой для них степени компромисса, изначально имея и отстаивая свои особые публичные интересы в рамках складывающего союза. В результате появлялся комплекс норм, закрепленных в таком источнике права, как договор, который, по своей сути,

²²² Smiley D. V. *The Federal Condition in Canada*. Toronto, 1987; King P. *Federalism and Federation*. Baltimore, 1982; Ostrom E. *Size and Performance in a Federal System* // *Publius*. 1976. Vol. 6; *Comparative federalism and federation: Competing traditions and future directions* / Ed. by M. Burgess and A.-G. Gagnon. New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore: Harvester wheat sheaf, 1993; *Comparative Federalism in the Devolution Era*. Ed. by Neil Colman McCabe. Lanham, Boulder, New York, Oxford: Lexington books, 2002 и др.

являлся международным. В США, как и в некоторых других государствах, случилось так, что этот договор после ратификации стал федеральной конституцией. Однако это не изменило природы правового документа: изначально договорные нормы исходили не от государства, которого еще не было де-юре, а от представителей политико-территориальных образований, поддержанных позднее представителями населения в легислатурах отдельных штатов. То есть источником права в материальном смысле явилось общество, которое сначала создало конституцию нового федеративного государства, а потом уже в соответствии с ней приступило к формированию соответствующих государственных институтов.

Весь этот процесс укладывается в парадигму естественного права в ее различных интерпретациях: право первично, государство вторично. Представители исторической школы права смогли бы увидеть здесь «требование разума при отсутствии внешнего авторитета»²²³, «органический продукт народного духа»²²⁴, сторонники социологии права – возникшую необходимость придать юридическую форму фактически сложившимся общественным отношениям между несколькими сообществами, тяготеющими к централизации.

При создании «снизу» федеративных государств в мусульманских обществах этот процесс преломлялся через религиозное правосознание, что не позволяет нам игнорировать теологическое понимание права представителями мусульманских федераций.

Во всех указанных случаях очевидно одно: федеральное право появлялось раньше федеративного государства и было обусловлено реализацией внегосударственных факторов его создания – усилиями представителей сообществ, которые находятся в таких исторических условиях, которые дают им возможность или диктуют необходимость создания федерации. При этом «право признается иерархически более приоритетным фактором по отношению к государству, генетически ему предшествующим, потенциально и актуально предопределяющим его цели и деятельность»²²⁵. Следовательно, рассматривая федерализацию в контексте естественно-правовой теории правопонимания, федеративное право приобретает большую ценность в сравнении с государством, изначально ставя государство в рамки права, ограничивая его произвол и делая его правовым.

При этом федеративное государство является такой организацией государственной власти, где осуществляется вертикальное разделение властей, предусматриваются и реализуются гарантии самостоятельности субъектов фе-

²²³ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 74.

²²⁴ Михайловский И. В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 228.

²²⁵ Ударцев С. Ф. Правовое государство: смысловые грани доктрины // URL: <http://www.yurclub.ru/docs/theory/article13.html> / (Дата обращения: 08.08.2016 г.).

дерации и прерогативы федерального центра, а федеральная конституция признается справедливым правовым документом высшей юридической силы.

Однако все может складываться иначе, если федерация создается «сверху». Так как этот способ федерализации реализуется в уже существующем государстве, то единственный способ перехода от унитаризма к федерализму – проведение конституционных реформ. Политическая и государственная элита при этом идет на вынужденный шаг, гася внутренние национальные или религиозные конфликты, и стремится сохранить свои позиции. Отсюда чаще всего демократические механизмы учета интересов будущих субъектов федерации используются не в полной мере или вообще замалчиваются. В результате возникает квази-федерация с фиктивной федеральной конституцией. Право в таком государстве по сути своей исходит непосредственно от государства, несет на себе отпечатки сложившейся в период федерализации политической ситуации и может рассматриваться в контексте юридического позитивизма. То есть право совпадает с законом, где закон – воля (произвол) государства, при этом федеральная конституция, понимаемая как основной закон государства, сама по себе может быть не правовым актом. И конституция, и законодательство, генетически будучи продуктом деятельности государства, могут игнорировать или даже отрицать ценности, присущие федерирующемуся обществу, приобретая неправовой характер.

При этом закрепленный в конституции принцип федерализма и вертикальное разделение властей наполняются совершенно иным «правовым» содержанием и теряют присущую им ценность и политико-правовой потенциал. Правовая наука, прежде всего наука конституционного права, в данных условиях сосредотачивается преимущественно на формально-юридическом анализе и толковании конкретных правовых норм, утрачивая ценностные ориентиры и «дух права». В результате наука становится бессильной перед решением политических задач посредством права, так как право понимается как закон, который может легко и быстро меняться в угоду политической ситуации.

Проблематикой научных исследований становится преимущественно статика федерализма – форма территориально-государственного устройства, перечни разграниченных полномочий, конституционно-правовой статус субъекта федерации, классификации федераций по различным основаниям.

Таким образом, методология юридического позитивизма в целом ведет к опасности утраты демократического и правового характера федеративного государства, девальвации ценности федерализма и деградации правовой науки.

Как обычно, истина, лежит посередине. Отвергая крайности юридического позитивизма, а также некоторый идеализм и дуализм права и закона, свойственный юс-натурализму, в понимании федерализации, федерализма и федеративного государства, следует придерживаться так называемых интегратив-

ных теорий²²⁶ правопонимания. С практической точки зрения такая позиция обусловлена крайне важным обстоятельством – ни одна федерация, в том числе созданная в рамках договорного процесса, не может основываться исключительно на федеративном договоре: юридически момент начала функционирования федеративных отношений всегда связан с моментом вступления в силу федеральной конституции. То есть даже при наличии письменного федерального договора необходимо принятие писаной федеральной конституции. Из этого правила нет ни одного исключения, даже в рамках англо-американской и мусульманской правовых семей.

Наиболее значимыми интегративными теориями правопонимания применительно к созданию федеративного государства, с нашей точки зрения, являются синтетическая теория права и государства А.С. Яценко²²⁷ и либертарная теория правопонимания В.С. Нерсесянца²²⁸.

Фундаментальный труд А.С. Яценко был первым опытом всестороннего осмысления реалий федеративного государства в отечественной науке. Он основывался на эмпирическом материале, имевшемся в начале XX в. и в настоящее время частично утратил актуальность. Однако непреложными в правопонимании сущности создаваемой федерации являются как минимум два существенных положения. Во-первых, федеральная власть не может пониматься как власть федерального центра: это синтез двух уровней разделенной государственной власти – центральной власти и власти субъектов федерации, которые имеют правовые механизмы взаимовлияния и взаимосдерживания. Соответственно федеральное право – это синтез общей воли центральной власти и власти штатов. Во-вторых, А.С. Яценко четко определяет цель и назначение федерализма: федерализм должен не разъединять, а объединять. Следовательно, он возможен только там, где центростремительные силы преобладают над центробежными, и попытки «склеить» распадающееся государство федеративными договоренностями, пытаясь сохранить его целостность, мягко говоря, не всегда уместны.

Анализируя федерализацию с позиций либертарной теории, можно отметить, что договорный процесс, имевший место в ходе объединения различных политико-территориальных единиц априори предполагал выражение самостоятельной свободной воли каждой из них и формальное равенство сторон. При этом сам механизм достижения союзных договоренностей делал их справедливыми по существу, а последующее одобрение как представителями объединя-

²²⁶ См.: Евдеева Н. В. Интегративные теории правопонимания в современной России. Дисс... к. юрид. н. Н.Новгород, 2005.

²²⁷ Яценко А. С. Теория федерализма: опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912.

²²⁸ Нерсесянц В. С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3.

ющихся территорий путем подписания, так и населением путем референдума – легитимными. В результате в созданном писаном (позитивном) федеральном праве отражалась подлинная идеология федерализма – формальное равноправие субъектов федерации в рамках государственного союза, который предстояло построить; изначально заложенные правовые процедуры взаимного контроля и сдерживания государственных органов, представляющих различные уровни государственной власти, механизмы достижения новых договоренностей и разрешения потенциальных федеральных споров. Таким образом, как в самом процессе федерализации «снизу», так и в принятых писаных федеральных конституциях нашли отражение три основных положения либертарной теории: свобода субъектов федерального права, их формальное равенство и признаваемая всеми справедливость созданных норм, правовой характер которых не ставится под сомнение. Создание федераций «сверху» в свою очередь содержит опасность утраты или фиктивности любого из трех или всех сразу указанных положений.

Исходя из этого, можно утверждать, что федерализация может быть рассмотрена в рамках любого типа правопонимания, однако наиболее оптимальным является интегративный подход в рамках либертарной теории.

Федерализм – явление динамичное и многомерное. Сложность данного феномена, безусловно, требует междисциплинарного и сравнительного подходов при его анализе. В силу этого возникает еще одна важная проблема – выработка общей дефиниции федерализма. Эту проблему пытались решить представители различных наук на протяжении нескольких веков²²⁹. В целом можно выделить несколько основных теоретических подходов к общему пониманию федерализма.

В наиболее широком смысле федерализм понимается как *общеправовой принцип* организации государственной жизни. При этом принцип федерализма, в свою очередь, конкретизируется целым комплексом иных принципов: принципом конституционности; принципом государственной целостности, который предполагает единство системы органов государственной власти; принципом разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти федерации и органами государственной власти ее субъектов (данный принцип в свою очередь является выражением принципа вертикального разделения властей); принципом единства системы государственной власти, которая распространяется на всю территорию государства, принципом субсидиарности, «верности федерации» и другими конкретными принципами²³⁰, чет-

²²⁹ Федерализм: Теория и история развития / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2000. С.11–17.

²³⁰ Знаменщиков Р. В. Принципы федерализма в России и Германии: Сравнительное конституционно-правовое исследование. Дисс. ... канд. юрид. Наук. Тюмень, 2003. 230 с.; Касаткин В. П., Полухин О.Н. Принципы федерализма в условиях становления новой

кий перечень которых каждая федерация определяет, исходя из своей специфики, и закрепляет в федеральной конституции.

С данных позиций наиболее уместной, с нашей точки зрения, является общая дефиниция, которая предложена американскими авторами, исследующими проблемы конституционного федерализма: федерализм – это «форма распределения власти между центральными государственными органами и органами штатов»²³¹. Согласно такому подходу, применение принципа федерализма означает такое конституционное разделение власти, при котором составным элементам федерации принадлежит определенная доля в процессе принятия политических решений при управлении государством.

С точки зрения формы государственного устройства наиболее адекватное определение федерации в рамках данного подхода, по нашему мнению, дано канадским ученым Д. В. Смайли: федеративным государством следует считать «суверенное государство, в котором:

1. Существует конституция, которая распределяет властные полномочия между центральным и региональными органами управления и которая обеспечивает определенную защиту населения и/или региональных органов управления в структуре и деятельности центральных органов управления.

2. Положения конституции, определившие соотношение центра и регионов, не подлежат изменению единоличными действиями центральных или региональных органов управления.

3. Отдельные граждане и частные корпорации подчиняются одновременно законам и другим властным предписаниям как центральных, так и региональных органов управления»²³².

Это определение позволяет абстрагироваться от конкретики различных моделей федерации и сосредоточиться на сущности федерализма. Однако данная дефиниция имеет существенный недостаток, являясь отражением в большей части динамики действующей федеральной системы, ее функциональной стороны.

Статика же формально-юридического федерализма проявляется в закреплении прежде всего его принципов и субъектного состава федерации, перечней исключительных полномочий федерального центра и субъектов федерации.

Приведенная трактовка федерализма характерна преимущественно для англо-американской правовой доктрины. В целом федерализм с данных позиций определяется как «мультикультурность», явление, которое дает возмож-

российской государственности // Научные ведомости Белгородского государственного национально-исследовательского университета. Серия Философия. Социология. Право. 2012. № 2 (121). Выпуск 19. С.113-121.

²³¹ McCulloch v. Maryland. 4 Wheat (17 U.S.) 316, 405 (1819) // <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html> (Дата обращения: 23.12.2013 г.).

²³² Smiley D. V. The Federal Condition in Canada. Toronto, 1987. P.2.

ность применения множества вариантов для организации политической жизни, выбор которых зависит от исторической и правовой специфики конкретного государства. «Применение федеративного принципа – это лишь один из возможных ресурсов для решения проблем, возникающих из национальных, этнических, лингвистических, расовых и иных конфликтов»²³³. Федерализм здесь понимается не как государственно-правовая форма, а как средство достижения компромисса между разными сообществами и разными уровнями государственной власти.

В рамках французской модели романо-германской правовой семьи большое внимание функциональной стороне принципа федерализма отводит швейцарский юрист М. Френкель²³⁴.

Для отечественной правовой доктрины понимание федерализма как принципа достаточно нетипично. Данный термин здесь используется, прежде всего, как разновидность формы территориального государственного устройства, то есть на первый план выходит не функциональная динамика, а формально-институционная, конституционно-правовая статика федерализма. Отсюда возникает необходимость разграничения таких понятий, как «федерализм» и «федерация». При этом целесообразно рассматривать первый термин как содержание, а второй – как форму: федерацию следует понимать как государство, в котором в полном объеме реализуется принцип федерализма. Следовательно, как справедливо утверждает Л. М. Карапетян, понятие «федерализм» по смыслу значительно шире понятия «федерация»²³⁵. К сожалению, некоторые исследователи допускали смешение данных понятий, что методологически недопустимо²³⁶.

Американский исследователь П. Кинг, объединяя понимание федерализма как конституционного принципа и как формы государственного территориального устройства, соотнося понятия «федерализм» и «федерация», делает принципиальный вывод, что, «хотя федерализм и может существовать без федерации, существование федерации без федерализма невозможно»²³⁷. Действительно, понятие «федерализм» содержит «философию качественно определенного государственного устройства, составляет теоретико-методологическую основу организации федеративного устройства; а «федерация» – тип реальной

²³³ Государство, право и межнациональные отношения в странах западной демократии. М., 1993. С.23.

²³⁴ Frenkel, Max. Federal theory. [Electronic resource] / M. Frenkel // The Australian National University. Canberra, 2007 // URL : <http://www.maxfrenkel.ch/federal.html#686> (Дата обращения: 17.04.2014 г.). Р. 404-662.

²³⁵ Государство, право и межнациональные отношения в странах западной демократии. М., 1993. С.4.

²³⁶ Проблемы теории государства и права / под ред. М. Н. Марченко. М., 1999. С. 185–186.

²³⁷ King P. Federalism and Federation. Baltimore, 1982. P.70.

государственной организации, соответствующей всем принципам федерализма и являющийся воплощением его философии»²³⁸.

На практике можно наблюдать примеры частичного использования принципов федерализма в функционировании унитарных государств. Это происходит, прежде всего, в сфере государственного управления, т.е. в сфере административного права. Некоторые авторы даже утверждают, что такие государства находятся на разных стадиях федерализации. Это касается, например, Великобритании²³⁹, Испании²⁴⁰, а также Европейского Союза²⁴¹, где можно усмотреть «федерализм без федерации».

Исходя из отечественной доктрины, федерация является такой формой территориального государственного устройства, при которой территория государства разделена на части – субъекты федерации, самостоятельно осуществляющие определенную часть государственных функций. При этом сочетание способа разграничения данных функций, статуса субъектов федерации, степени централизации или децентрализации конкретной федеративной системы позволяет осуществлять их классификацию, выделяя различные более или менее общие модели федерализма²⁴²: с одной стороны, латино-американский, европейский и мусульманский федерализм, с другой – российский²⁴³, индийский²⁴⁴, бельгийский²⁴⁵, канадский²⁴⁶ и так далее.

Большинство исследователей отмечает, что основным отличием федерации от унитарного государства является то, что федерация, имея в своем составе ряд государственно-территориальных образований, обладает существенными гарантиями сохранения демократических принципов организации и функционирования

²³⁸ Основы теории и практики федерализма / отв. ред. К. Малерлит. Лейвен, 1980. С.9–15.

²³⁹ Полякова Е.Ю. Федерализм в Великобритании: идеи и реальность // Опыт европейского федерализма. История и современность. М.: ИВИ РАН, 2002.

²⁴⁰ Басиев М. С. Испанский опыт регионализма // Федерализм и регионализм: приоритеты XXI века. Материалы международной научной конференции. Владикавказ : Владикавказский институт управления, 2007. 323 с. С. 319; Орлинская О. М. Федерализм в Испании: миф или реальность? // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. Тамбов: Грамота, 2011. № 3. Ч.1. С.134-137.

²⁴¹ Сиджански Д. Федералистское будущее Европы: от Европейского сообщества до Европейского союза. М.,1998.

²⁴² Тадевосян Э.В. О моделировании в теории федерализма и проблеме асимметричных федераций // Государство и право. 1997. № 8. С.61; Калина В. Ф. Национальные модели федерализма и особенности их становления // Социально-гуманитарные знания. 1999. № 2. С.18–23; Чиркин В.Е. Модели современного федерализма: сравнительный анализ // Государство и право. 1994. № 8–9. С.22-24.

²⁴³ Тэпс Д.С.-М. Российский федерализм: Проблемы теории и конституционно-правового регулирования. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. СПб., 2005. 50 с.

²⁴⁴ Испаева Г.Б. Индийский федерализм. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.,1991. 23 с.

²⁴⁵ Бегаева А.Х. Бельгийский федерализм. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 196 с.

²⁴⁶ Борисов Я.Е. Канадский федерализм. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. 172 с

органов государственной власти, она «застрахована» от скатывания к тоталитаризму, так как государственная власть здесь полицентрична²⁴⁷. С другой стороны, эффективная координационная деятельность федерального центра позволяет сохранить конституционный порядок и государственное единство.

Анализируя диалектику развития форм государственного устройства, многие авторы приходят к парадоксальным выводам. Например, Л. М. Карапетян утверждает, что «появление всякого жизнеспособного федерализма содержит в себе унитарную идею, то есть идею единства и целостности государства, основанного, как правило, на равноправии субъектов...»²⁴⁸. Эта мысль не нова: английский профессор права Д. Брайс еще в XIX в. утверждал, что «федеративные модели суть не что иное, как этапы на пути к полному государственному единству»²⁴⁹, в начале XX в. к таким же выводам пришел А.С. Яценко²⁵⁰.

Федерализм как система политических принципов может использоваться как средство децентрализации и частично проявляться в административно-управленческой практике²⁵¹, но при этом ни децентрализация, ни автономизация не должны отождествляться с федерализацией. На это обращал внимание Ж. Ведель: «децентрализация не равнозначна федерализму. Если она ведет к возникновению публичных юридических лиц, иных, нежели государство, то эти публичные юридические лица имеют чисто административный характер и совершенно не располагают законодательной или судебной властью»²⁵².

Таким образом, и децентрализация, и автономизация могут предшествовать федерализации, при их реализации в разных сферах общественных отношений могут складываться предпосылки федерализации, но сама федерализация – это осознанный процесс институционализации именно федеративного государства при наличии соответствующих вызревших в обществе предпосылок и сложившихся причин.

Спецификой западной, и, прежде всего, американской правовой доктрины является смешение терминов «федерация» и «конфедерация». Причины данного явления, скорее всего, имеют семантико-лингвистический характер, так как с латыни оба термина переводятся как «союз».

Подобное смешение встречается даже в писаном праве. Например, текст Акта о Британской Северной Америке 1867 г.²⁵³, который рассматривается как

²⁴⁷ Карапетян Л.М. Федеративное устройство Российского государства. М., 2001. С. 4.

²⁴⁸ Карапетян Л. М. Указ. соч. С. 34.

²⁴⁹ Брайс Дж. Американская республика. Часть II. Правительства штатов. Политические партии / пер. с англ. В.Н. Неведомский. М., Издание К. Т. Солдатенкова, 1890. С.332.

²⁵⁰ Яценко А.С. Указ. соч.

²⁵¹ См.: Федерализм и децентрализация. Екатеринбург: Урал. фонд соц. иссл., 1998. 412 с.

²⁵² Ведель Ж. Административное право Франции. М.: Прогресс, 1973. С.392.

²⁵³ Constitutions of the Countries of the World. Canada / Ed. A.P. Blaustein and G.H. Flanz. N.Y., 1988.

основополагающий конституционный акт Канады, фактически закрепляя федеративную форму территориально-государственного устройства, неоднократно использует термин «конфедерация», и ни разу – «федерация». Аналогичная ситуация наблюдается в Швейцарии: созданный в 1291 г. конфедеративный союз со временем эволюционировал в федеративный, но традиции оказались сильнее: по Конституции 1848 г., учредившей фактически федеративное государственное устройство, Швейцария по-прежнему именуется конфедерацией²⁵⁴.

Однако данные примеры целесообразно считать все же исключениями из общего правила: с точки зрения формальной юриспруденции и в целях более глубокого исследования данных государственно-правовых явлений понятия «федерация» и конфедерация, безусловно, следует разграничивать.

В американской правовой доктрине во второй половине XX в. появился принципиально новый и наиболее нетипичный подход к пониманию федерализма, который складывался, исходя из многосторонней практики реализации принципа федерализма в федеративных государствах²⁵⁵. Многими современными исследователями федерализм трактуется как непрерывный динамичный процесс, осуществляемый в различных сферах государственного управления, который на каждом этапе эволюции федеративного государства может иметь как специфические, так и общие тенденции развития.

Содержание федерализма в данном случае составляет постоянно изменяющийся характер отношений между федеральным центром и субъектами федерации. Согласно комментариям В. Е. Чиркина, федерализм здесь трактуется более широко: «он рассматривается, прежде всего, не как совокупность структур и норм, а как процесс, призванный заглушать конфликты центра и мест, устанавливать их взаимодействие, обеспечивать наиболее целесообразные в данных условиях методы управления»²⁵⁶, т.е. федерализм трактуется скорее с политических, а не с юридических позиций.

В этом смысле выделяют административный, экономический, бюджетный федерализм и тому подобные явления²⁵⁷. Однако данный подход, с нашей точки зрения, справедливо подвергается критике. С этих позиций, содержание, например, бюджетного федерализма сводится к бюджетной политике федеративного государства, а содержание экономического федерализма – к определенному способу производства. Л. М. Карапетян по этому поводу замечает: «Экономическая сфера деятельности характерна не только для федеративного,

²⁵⁴ Федеральная Конституция Швейцарии 1848 г. Пер. с нем. С. А. Соломоновой // Правоведение. 2005. № 3. С.167-183.

²⁵⁵ Ostrom E. Size and Performance in a Federal System // Publius. 1976. Vol. 6. P.33–74.

²⁵⁶ Чиркин В. Е. Модели современного федерализма: сравнительный анализ // Государство и право. 1994. № 8–9. С.154.

²⁵⁷ Мусен В. Десять правил бюджетного федерализма // Федерализм в России и Бельгии. М., 1998. С.252–258.

но для любого государства. А если следовать подобным определениям и толкованиям федерализма, то с неменьшим основанием можно говорить о “промышленном федерализме”, “аграрном федерализме”, “оборонном федерализме”, “научно-образовательном федерализме” и т.п. Бесспорно, федерализм предполагает регулирование экономических, бюджетных, транспортных и иных отношений между федерацией и ее субъектами, но не сводится к ним»²⁵⁸.

То есть не следует смешивать функционирование государства вообще, говоря о функциях государства при любой форме его территориального устройства с проявлениями специфических функций государства, присущих исключительно федерации. Во втором случае имеется в виду основополагающий, универсальный принцип построения любых отношений внутри федеративной системы и основные направления деятельности государства в данном направлении, в первом – конкретное проявление любого вида общественных отношений в соответствии с этим принципом.

Среди многочисленных функций федерализма традиционно выделяются три основные: мобилизация ресурсов для достижения общегосударственных целей, перераспределение ресурсов внутри федерации и координация деятельности государственных институтов.

Несмотря на различные подходы к трактовке содержания федерализма, и отечественные, и зарубежные авторы сходятся в том, что главными целями институционализации федеративных отношений в любой стране является, с одной стороны, обеспечение государственного единства, с другой – сохранение определенной степени автономии субъектов федерации. При этом необходимы реальные конституционные гарантии союза, так как, будучи самостоятельным субъектом международного права, федеративное государство проводит политику от имени государства в целом, а не от имени отдельных субъектов федерации, реализуя государственный суверенитет.

Таким образом, в понимании федерализма западная (прежде всего американская) правовая доктрина исходит преимущественно из динамики данного явления, рассматривая его прежде всего с функциональной стороны как процесс взаимодействия различных уровней государственной власти в федеративном государстве, как инструмент достижения компромиссов при наличии разнонаправленных интересов, смешивая понятия «федерация» и «конфедерация». Такой подход в большей степени отражает специфику политологии и социологии.

В рамках юридической науки логично обращать внимание не только на статику федерализма и его институциональные элементы, связанные с формой государственного устройства, но также на его сущностные черты, исследуя федерализм преимущественно как основополагающий государственно-правовой

²⁵⁸ Карапетян Л. М. Федерализм и права народов. М., 1999. С.9.

принцип, учитывая генетическую обусловленность федеративного государства федеральным правом, методологически различая понятия «федерация» и «федерализм».

В целом такие политико-правовые явления, как федерализация, федерализм и федерация в настоящее время оптимально рассматривать с позиций интегративного, преимущественно либертарного правопонимания.

Е.Н. Рахманова

О суверенитете государства в условиях глобализации

Практически общепризнанной в современной политологической и социально-философской литературе является мысль о том, что процессы глобализации ведут к ослаблению позиций государства на международной арене и уменьшению его возможностей в деле регулирования (в том числе и правового) общественных отношений и реализации социальных функций. Не углубляясь в политологический и государственно-правовой аспект анализа сущности современного государства, полагаю возможным согласиться с формулировкой государства, которую дает А.С. Блинов: национальное государство это такая правовая, суверенная, территориальная организация публичной власти, которая легитимно выражает и отстаивает коренные (культурные, духовные, политические и экономические) интересы обособленной и сплоченной на основе осознания своей целостности и единой исторической судьбы устойчивой общности людей – нации²⁵⁹.

Ключевой характеристикой государства является его суверенитет. Понятие суверенитета государства определяется конституционно-правовой наукой как свойство государства самостоятельно и независимо от власти других государств осуществлять свои функции на его территории и за ее пределами, в международном общении. В Постановлении Конституционного Суда РФ № 10-П от 07.06.2000 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции республики Алтай и Федерального Закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» эта формула раскрывается более подробно: суверенитет, предполагающий, по смыслу статей 3, 4, 5, 67 и 79 Конституции Российской Федерации, верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении, представляет собой необходимый качественный признак Российской Федерации как государства, характеризующий ее

²⁵⁹ Блинов А.С. Национальное государство в условиях глобализации: контуры построения политико-правовой модели формирующегося глобального порядка. М., 2003. С.7.

конституционно-правовой статус. Именно суверенитет государства определяет его возможности во внутривполитической сфере и положение на международной арене²⁶⁰.

Таково традиционное (основное) понимание и предназначение суверенитета. При прежнем мировом порядке роль государства сводилась к реализации монопольного права на определение норм и принципов действия на контролируемой им территории, а законодательная и исполнительная сила государства строилась на военном, экономическом, культурном единстве. Одновременно с этим, задачей «мировой политики», иначе говоря, политики глобальной, было соблюдение принципа полного и нерушимого суверенитета каждого государства на контролируемой им территории; а сам «мировой порядок» состоял из суммы локальных порядков.

Однако в современной литературе одним из активно отстаиваемых становится тезис о том, что современные процессы глобализации размывают понятие суверенитета как основы основ национального государства. При этом выделяются несколько сил, влияющих на этот процесс: становление «мирового правительства», растущее влияние транснациональных корпораций, расширение сети и значения негосударственных международных организаций, самоопределение новых наций и этнических общностей, резко увеличившаяся мобильность населения, вытеснение государства из важнейших сфер жизни общества посредством их приватизации (приводящее, в первую очередь, к уменьшению экономических ресурсов и возможностей государства) и т.д.

Признавая очевидность всех указанных явлений и их влияние на национальное государство, все же нельзя, на наш взгляд, утверждать, что они приводят к ограничению государственного суверенитета. Справедливым представляется утверждение А.А. Моисеева о необходимости отличать власть суверенного государства от государственного суверенитета. «Власть государства и его международная правоспособность в отличие от суверенитета и международной правосубъектности носят относительный характер и имеют границы своей реализации, обусловленные внутренним законодательством и международным правом. ... Государственные права являются таковыми в силу существования государственного суверенитета, а не наоборот. Ограничение полномочий государственной власти не влечет исчезновения суверенитета государства». И далее: «Несмотря на расширение круга коллективных интересов государств и всего международного сообщества в условиях глобализации, допускающих определенные добровольные ограничения функций суверенных государств с целью достижения государственных интересов, современный международный правопорядок не дает оснований для утверждения о возможности ограничения суве-

²⁶⁰ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2000. № 5.

ренитета. Глобализация не ведет к ограничению государственного суверенитета»²⁶¹.

Таким образом, суверенитет остается по-прежнему ведущей характеристикой государств и в условиях глобализации ничем не ограничивается. Однако глобализация приводит к особым направлениям в реализации суверенитета, и в частности, к определенному перераспределению государственных функций и зон ответственности. Часть государственных функций сегодня под воздействием глобализации плавно перетекает к международным структурам (причем, как к межгосударственным, так и к международным негосударственным), а часть – к негосударственным органам и учреждениям внутри страны.

При этом за государством остается непрерываемое право на применение формальных санкций к нарушителям законов, а в части создания социальных норм и профилактического надзора за их соблюдением оно делит ответственность с обществом, параллельно создавая условия для широкого распространения «спонтанного порядка».

Очевидность процесса ограничения государственных функций и сокращения присутствия государства в решении традиционных внутригосударственных и международных задач закономерно ставит вопрос о его пределах и о назначении современного государства.

В этой связи радикальные заявления об отмирании государства представляются утопичными. Можно согласиться с З.Бауманом, который пишет, что «именно кризис государственного суверенитета придал идее государственности такую неслыханную популярность. ... Глобализация и усиление государственных амбиций, как ни парадоксально, имеют общие корни, взаимно переплетаясь и поддерживая друг друга. Для того чтобы свободно передвигаться по миру и беспрепятственно достигать своих целей, глобальные финансы, торговля, информация нуждаются в политической фрагментации мира, кровно заинтересованы в сохранении фикции суверенитета слабых государств»²⁶².

Все это позволяет сделать однозначный вывод: в современных условиях, несмотря на все возможные подвижки в количестве, содержании функций и политической значимости государства, именно за ним по-прежнему сохраняется большая часть ответственности за решение задач защиты прав человека и правового регулирования. Другое дело, что эти задачи переросли границы отдельных национальных государств, превратившись фактически в глобальные проблемы современности, что непосредственно отражается на содержании и фор-

²⁶¹ Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве (в контексте глобализации). Автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 8, 25.

²⁶² Бауман З. Глобализация, или кому глобализация, а кому локализация // Глобализация: контуры XXI века. Реф. сб. в 3 ч. / Отв. ред. П.В. Малиновский. М., 2004. Ч. 1. С.134.

мах их решения, в котором все более активную роль начинают играть межгосударственные организации, субъекты национального и глобального гражданского общества.

В.И. Павлов

Антропологический тип понимания права и его значение в преодолении методологического кризиса современной юриспруденции

Введение. В современной юридической науке исходя из общеметодологических подходов, на основе которых проводятся правовые исследования, можно выделить два типа, или, стили, изысканий: классические, основанные на традиционных методологических подходах в праве, в основном это инструментарий, производный от новоевропейской методологической программы (например, юридический позитивизм), и постклассические, которые основываются на современных философских концепциях, сформировавшихся на протяжении XX столетия в качестве альтернативы новоевропейскому рационализму и эмпиризму. Если сказать обобщенно, то различие между этими двумя подходами к исследованию заключается в представлении и, следовательно, понимании правовой реальности и ее составляющих. Не только право в целом, но и норма права, правосознание, источник права, правоотношение и т.д. по-разному понимаются в традиционном позитивистском прочтении, и, например, в феноменологическом подходе к праву, в рамках которого привычное понятие, скажем, нормы права проблематизируется с точки зрения переосмысления понятия сознания в целом и сознания права в частности, особенностей работы правосознания, его направленности и т.п.

Наличие все большего количества правовых исследований, основывающихся на современных философских концепциях, является очевидным и объективно обусловленным явлением, которое связано не с модой на новые веяния в юриспруденции (хотя, видимо, есть и такие факты), а, на наш взгляд, с тремя ключевыми и неустранимыми факторами.

Во-первых, с банальным требованием новизны результата любого юридического исследования, которая по настоящему может быть получена только на уровне более глубокого и тонкого проникновения в правовую реальность, что, в свою очередь, требует новых средств проникновения, т.е. новых методов исследования. Попытка игнорирования использования новых методов приводит к отсутствию нового результата, что влечет за собой либо приращение количественных показателей в исследовании и искусственный поиск проблем там, где в этом нет необходимости (предложения по совершенствованию дефиниций, классификаций, бесконечные предложения по изменению законодательства), либо вынуждает заниматься активной критикой тех исследований, которые все

же делают попытки использовать новые методы, причем эта критика, как правило, является косвенным подтверждением опасения нединамичности собственной позиции.

Во-вторых, с развитием философской рефлексии и формированием новых философских концепций. Юридическая традиция является хотя и самостоятельной, однако частной по отношению к философской традиции в целом. Всегда правоведы использовали не только традиционное юридическое знание и те методы, которые составляют собственно юридический корпус методов, но и знание более общего порядка – философские системы и концепции, которые по своей природе значительно опережают область юридического исследования. На заре своего возникновения римская юриспруденция вобрала в себя многие принципы римского сакрального права, в эпоху Средних веков на Западе юристы активно включали в юриспруденцию принципы схоластики, в Новое время основу конституционализма составили философские идеи рационализма и эмпиризма. На каком основании тогда нам упорно держаться, например, за принципы диалектического материализма в праве, если материализм уже давно подтвердил свою ограниченность?

В-третьих, с постоянным динамизмом социальной реальности, который в последние десятилетия особенно связан с быстрым развитием техники. Многие подходы в оценке и измерении эффективности права, которые можно было использовать еще 20-30 лет назад, сегодня нуждаются в пересмотре, для чего, снова же, необходим специальный инструментарий, метод познания, адекватный произошедшим изменениям с позиции их точного описания. Многие досконально разработанные и, казалось бы, устоявшиеся юридические понятия, принципы, институты (национальное государство, суверенитет, толерантность, семья, стабильность законодательства и др.) на фоне произошедших в обществе изменений нуждаются в новом осмыслении, методологической перепроверке, и даже если это требуется – усиленной методологической защите.

Указанные факторы фактически невозможно игнорировать, в связи с чем в юридическом научном сообществе в последнее время обострилась полемика относительно понимания различия классических и постклассических подходов к юридическим исследованиям. На наш взгляд, данная полемика должна быть лишена крайностей: с одной стороны, неприемлема позиция тотального неприятия новых методологических подходов к юридическим исследованиям; с другой стороны – неприемлемо игнорирование классической методологической традиции юриспруденции, поскольку сама ее перепроверка, критика (деконструкция) начинается с опоры на ее же (классической традиции) основания. Вообще, видимо, будет правильным полагать, что постклассика – это не какой-то разрыв, или, коллапс традиционной методологии в юриспруденции, а обычное развитие, своевременное совершенствование методологического аппарата

юридической науки с введением некоторых новых общеметодологических оснований, таких как человек, текст, язык, диалог, коммуникация, понимание и т.д., которые ранее, как правило, в поле юридической методологии как таковые отсутствовали. Их введение – скажем снова – это не дань моде, но потребность юриспруденции как науки в получении нового знания.

1. Идея человека в праве и ее значение для постклассической правовой традиции. Если внимательно присмотреться к юридическим исследованиям, выполненным на основе постклассической методологии – на постсоветском пространстве в основном это исследователи, формирующиеся вокруг петербургской школы права, – то можно заметить, что все эти исследования так или иначе связаны с переосмыслением человека и его места в правовой реальности. Это переосмысление связано в основном с высвобождением из эпистемологических связывающих установок новоевропейской методологической традиции, или, с «антропологическим поворотом» в праве. Основная идея такого высвобождения, по нашему мнению, заключается в том, что новоевропейское рационализированное картезианское понятие субъекта как базы для всех гуманитарных дискурсов, в том числе и для права, сменяется понятием человекомерности – понятием, через введение которого делается попытка обнаружить новые опорные пункты, связанные с человеком и его существованием в сфере права, которые выходят за рамки традиционного понятия субъекта права но, в то же время, в той или иной степени поддаются юридическому учету, формализации.

Известно, что уже римские юристы выработали понимание субъекта права как лица, персоны специфической природы – персоны юридической. Это понятие «субъект права» из римского гражданского права сохранилось в качестве рабочего понятия до наших дней. Следует иметь в виду, однако, что у римлян оно носило сугубо технический характер и предназначалось для маркирования человека как принадлежности области юридического, т.е. с позиции принадлежащих ему прав и возложенных на него обязанностей на фоне гражданско-правовых отношений. Понимание же человека в правовой реальности на протяжении исторической эволюции правового мысли претерпевало изменения: в Новое время к чисто техническому понятию лица в правовой науке было добавлено понятие личности, человека, рассмотренное, прежде всего, в системе особых правомочий – естественных прав: как мы указали выше, в таком контексте понятие субъекта права использовалось в новоевропейской теории конституционализма. Идея естественных прав человека, равно как и учение о правах и свободах человека, основывалось на философской и одновременно новоевропейской антропологической идее о разумности человеческой природы (Дж. Локк, Ш.-Л. Монтескье), и, следовательно, о разумности законодательства, которая выступала оппонирующей по отношению к римо-католическому пониманию человека и его природы. Методологическим основанием этого но-

воевропейского понимания человека стала известная работа К. Гельвеция²⁶³, в которой он более всего и ведет заочную полемику с французскими католическими богословами.

В современной юриспруденции сложилось, таким образом, составное понимание человека в правовой реальности, два совместно сосуществующих дискурса человека юридического: один рецепированный, римский, сугубо технический и операциональный (субъект права), второй – новоевропейский, конституционалистский (человек, его права и свободы), сформированный в системе учения о естественных правах и свободах. Ввиду господства доктрины конституционализма в большинстве государств мира второй дискурс выступает базовым для первого дискурса, что отражается в принципе конституционализма и элементарном построении современных систем права.

Вместе с тем новоевропейская идея разумности человека и его природы не выдержала испытания временем: со второй половины XX столетия возникла проблема четвертого поколения прав человека, которая сегодня привела к легализации девиантных форм антропологических практик, прежде всего, в области материнства, отцовства, детства и семьи. Несмотря на то, что в основном Страсбургским судом (ЕСПЧ) аргументирована юридическая состоятельность новоевропейской концепции прав человека, очевидно, что она вступила в явное противоречие не только с системой традиционных ценностей, но и с самой человеческой природой, не говоря уже о традиционных для всей Европы вероисповеданиях.

На наш взгляд, проблема кризиса учения о человеке юридическом – а оценка состояния учения о человеке в правовой реальности с позиции господства идеи о соматических правах человека не оставляет сомнений в критичности такого положения – может быть решена только посредством обращения к скорректированной антропологии права и антропологической модели человека в праве. Исходная посылка такого движения по преодолению кризиса должна состоять в перепроверке состоятельности вышеописанного дуализма дискурса человека юридического: ни понятие субъекта права, ни конституционно-правовое понятие человека, его прав и свобод не обеспечивает тип представления человека в праве, который бы снял противоречие между природой человека и традиционными нравственными представлениями с одной стороны и учением о соматических правах человека – с другой. Антропология права в качестве юридической концепции предлагает некоторые варианты по решению этой проблемы.

2. Антропологическая концепция права как постклассическая научная программа. В отличие от новоевропейской методологической

²⁶³ Гельвеций К.А. О человеке // Гельвеций К.А. Сочинения в 2-х томах. Т. 2. Сост. и общ.ред. Х.Н. Момджяна. М.: Мысль, 1974. С.5–568.

программы современная антропология права исходит из факта концентрированности всех правовых явлений на человеке в праве не только как на субъекте права либо человеке в его конституционно-правовом значении, а в смысле человека в праве как существующего в правовой реальности целостного образования в его личностной конституции и идентичности. На первое место здесь выходит целостное правовое существование человека в праве, которое наиболее полно обнаруживается в разнообразных юридически значимых ситуациях. Как отмечают авторы коллективной монографии, посвященной развитию постклассического правоведения, «именно человек создаёт право, изменяет его и воспроизводит своими практическими действиями и ментальными представлениями... право или правовая реальность, включает нормы, правосознание и правопорядок, в котором реализуются как нормы, так и правосознание. При этом человек (как абстрактная сущность и одновременно её конкретное воплощение в эмпирически данном человеке) присутствует и в нормах права, и в правосознании, и в правопорядке»²⁶⁴.

Говоря об антропологической концепции права, прежде всего, следует обратить внимание на понимание права в рамках этого подхода. Целью антропологического подхода в вопросе понимания права является встраивание человека в праве в структуру понимания права. Иными словами, задача антропологии права – раскрыть человекомерность права, которая наиболее точно обнаруживается в факте встречи человека в праве с нормой права на фоне определенной юридически значимой ситуации.

3. Антропологический тип правопонимания: базовая характеристика. Дадим характеристику базовому и самому главному положению антропологического типа понимания права – положению об онтологическом статусе права с позиции антропологии права.

Самое главное положение антропологического типа правопонимания с позиции классического представления является наиболее радикальным. Оно заключается в том, что у права вообще нет и не может быть какой-либо субстанциональной основы, некоего места, *topos*'а права наподобие сущности права, в котором бы цельно заключалась изначальная правовая подлинность²⁶⁵, некий потаенный правовой эталон, сущность как истинное бытие права. Иными словами, это можно выразить следующим тезисом: *«Право – это не сущность, право есть существование»*.

²⁶⁴ Источник права: классическая и постклассическая парадигмы: монография / Н.В. Разуваев, А.Э. Черноков, И.Л. Честнов; под общей ред. И.Л. Честнова. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. С.151.

²⁶⁵ Мы не нашли более подходящего термина, чем «правовая подлинность», который бы выражал главное в праве, его ядро при условии четкого отграничения его от термина «сущность права».

Антропологическая точка зрения проявляется в том, что подлинность права не заключается в каком-то эссенциальном, сущностном основании, точнее сказать, субстанции, подоснове (нормах, идеях или отношениях), на которую якобы опирается и от которой зависит сущее, т. е. актуальная правовая действительность. Различение, например, в юснатурализме права и закона наглядно показывает, что закон как сущее права, как явление правовой действительности произведен от бытия права (правового бытия), выступающего в качестве априорного метафизического основания, полагающегося якобы в качестве правовой подлинности по отношению к закону как неподлинному (сущему). Несложно заметить, что такой взгляд основан на классической гносеологической схеме.

Антропологический анализ показывает, что классическая схема помещает субъект права исключительно в своего рода неподлинную правовую область – в область права как сущего, подчиняет его ей через встраивание субъекта права в ряд юридических конструкций, вследствие чего субъект не может выступить в качестве фигуры, осуществляющей правовое бытие, которое всегда полагается метафизическим. Само правовое бытие, или бытие права, в классических типах правопонимания (социологический тип правопонимания в меньшей степени) представляется как находящимся за пределами сущего (в юснатурализме, например, буквально наверху), метафизическим, фактически сверхсущностным, с особой недоступной топологией, местом, где якобы постоянно хранится правовой эталон, сущность права (идея права, справедливость, естественные права человека, воля законодателя, идеальная модель отношений). Сам по себе классический вопрос о том, «что есть право» уже является в некоторой степени вопросом метафизическим, вопросом о сущности такого сущего, как право, т. е. этот вопрос уже самóй своей постановкой создает особую топологию сущности права метафизического свойства, заставляет искать место сущности, правовой эталон.

На наш взгляд, исходя из такой постановки вопроса о выяснении сущности права, в классических типах правопонимания правовое бытие, во-первых, оказывается недоступным субъекту права, поскольку субъект права всегда принадлежит не бытию, а сущему, субъект есть юридическая конструкция положительного права, и, во-вторых, субъект права не участвует в сбывании бытия права: его деятельность, нормативные возможности процедурно не связаны с установлением правовой подлинности. Субъекту, заключенному в область сущего, уготована судьба предиката, приставки уже данных правовых целостностей (норм, идей, моделей отношений). Классическая концепция познания и встроенная в нее модель субъекта, таким образом, скрывают человека в его подлинном существовании в правовой реальности.

В отличие от метафизики постклассическое мышление настаивает на том, что *самó бытие должно рассматриваться не в качестве основания сущего, а в*

качестве сопряченного данному существу становления. Основная идея такого подхода заключается в переходе «от представления бытия в качестве сверх-сущностного основания к его представлению в качестве становления»²⁶⁶, однако становление в данном случае (в отличие от концепции гетерологии уральской школы философии) мы представляем антропологически связанным понятием. Именно поэтому бытие рассматривается как принадлежащее именно этому существу, которое в приложении к человеку есть существование²⁶⁷. Правовое бытие, или бытие права, таким образом, не метафизично, а антропологично!

Соответственно *правовое бытие* с антропологической позиции есть не метафизическая модель сущности права, а *такой способ осуществления права в правовой действительности, который характеризуется встречей человека-в-праве с такими актуальными и необходимыми составляющими правовой реальности, как норма права и факт правовой жизни*. Сразу отметим, что для каждой концепции правопонимания количество и виды необходимых составляющих правовой реальности будут различными²⁶⁸. При этом под *правовой реальностью* мы понимаем *объективно существующий мир права в совокупности всех его составляющих (правовых феноменов), которые можно разделить на не-обходимые, базовые (это выделение осуществляется в зависимости от той или иной правовой концепции) и производные, зависящие от базовых и обусловленные ими*²⁶⁹. *Правовая действительность* же в контексте настоящего исследования понимается как не что иное, как *право в действии, данное субъекту в практическом выражении*²⁷⁰.

²⁶⁶ Смирнов А. Е. Процессы субъективации: теоретико-методологические аспекты. С. 53.

²⁶⁷ Ср.: «Само бытие, к которому присутствие (Dasein) может так или так относиться и всегда как-то отнеслось, мы именуем экзистенцией (существованием)» (Хайдеггер М. Бытие и время / Пер. с нем. В. В. Библихина. 2-е изд., испр. СПб., 2002. С.12).

²⁶⁸ С. И. Максимов в качестве необходимых составляющих (слоев) правовой реальности выделяет: 1) идею права; 2) норму права; 3) правовую жизнь (см.: Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Монография. Харьков, 2002. С.177). Г. В. Манов в свое время в качестве «аксиом» правовой реальности выделял: 1) нормативный акт; 2) правоотношение; 3) правосознание (см.: Манов Г. В. Аксиомы в советской теории права // Советское государство и право. 1986. № 9. С.30). В принципе, совокупность базовых правовых феноменов правовой реальности во всех концепциях более или менее одинаковая.

²⁶⁹ См. об этом подробнее: Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С.143–190. Так же ср.: «...применительно к миру права правовая реальность — это правовой способ бытия человека (человека как части мира, которая не является бытием, но обладает бытием). В свою очередь, в самом мире права могут быть выведены различные способы его существования (различные реальности со своими специфическими принципами)» (Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. С.168).

²⁷⁰ В свое время Г. А. Нанейшвили отмечал, что «действительно все то, что дано как определенная значимость, и то, что одновременно действует» (см.: Нанейшвили Г. А. Действительность права и опыт обоснования нормативных актов. Тбилиси, 1987. С.14).

Итак, право с антропологической точки зрения осуществляется не в норме, идее или отношении, оно сбывается в реальном, ежедневном опыте правового существования, в точке пересечения человека, нормы права и факта правовой жизни. Встреча человека-в-праве с правовой нормой на фоне факта правовой жизни и есть выражение особого способа правового существования – правового бытия, которое характеризуется включенностью человека в действительность права.

В антропологии права главный вопрос общеправовой теории о чуждости права («что есть право») заменяется вопросом о способе его существования, вопросом «как есть право». Вместо сущности права антропология права говорит о бытии права, которое всегда персонцентрично, т. е. является правовым бытием, главным агентом которого выступает человек-в-праве.

Использование концепта «правовое бытие» имеет цель антропологизировать право, показать ту его сторону, которая в рамках общей теории права, как правило, остается за пределами правового анализа. Концепт «правовое бытие» указывает на человекомерный характер права и одновременно позволяет удерживать внимание на главном в назначении права с антропологической точки зрения – на факте правового существования, ведь право, в конце концов, предназначено для человека и общества. Правовое бытие как коррелят традиционной сущности права всегда человекоцентрично, значит, экзистенциально, это не метафизическое бытие права как его сущность, а бытие человека-в-праве и через него самого права как предиката правового существования.

Введение такого способа антропологического измерения права через правовое бытие преследует цель выразить через человека-в-праве онтологическую полноту правового без редукции права к деантропологизму. В правовом бытии подчеркивается, прежде всего, онтологический приоритет человека-в-праве и через него – самого правового бытия, перед сущностью права. При этом следует подчеркнуть, что концептуальное понятие «правовое бытие» призвано в целом продемонстрировать его направленность на выражение антропологически насыщенной онтологической полноты права как такового в условиях правовой действительности. Другое же использованное нами понятие «*правовое существование*» (или, что то же самое, «*правовая экзистенция*»), призвано подчеркнуть *саму необходимость человекомерности реальности права*, т. е. оно призвано выразить *сам способ пребывания человека в правовой реальности независимо от того, актуализированы либо не актуализированы норма права или жизненный факт в правовом существовании человека*.

Правовое существование человека-в-праве является ядром правового бытия, но не наоборот. Правовое бытие всегда антропоцентрично, экзистенциально, фундировано правовым существованием, хотя сами эти понятия («правовое бытие» и «правовое существование») не представляют резкого противопостав-

ления, соотносятся как общее и частное, являются содержательно близкими и в различном контексте могут быть даже взаимозаменяемы.

Собственно, это и есть предлагаемое понимание правового бытия, в котором центральной фигурой является человек-в-праве.

Именно с такой, сугубо антропологической точки зрения в первом рассматриваемом нами базовом положении антропологического правопонимания мы утверждаем о *без-основности права в его антропологическом значении*. Но опять же оговоримся, что без-основность права не означает отсутствие субстанции права, его подосновы, которая всегда в конечном счете есть форма права, для континентальной системы права – нормативный текст, формально определяющий конкретное правило поведения, которое согласно классическим типам правопонимания должно воплощать в себе правовой эйдос, волю государства либо отношение между субъектами. Однако эта формально-юридическая подоснова в антропологическом прочтении уже не является критерием правовой подлинности, а выступает пусть и значимым, но лишь одним из предикатов права.

Такая методологическая переориентация правового познания, которую предлагает антропология права, приводит к следующему заключению. Правовая подлинность с антропологической точки зрения связана не с сущностью права, заданной в качестве основания, *topos*'а права, «правового места», но с правовым бытием (но не действием, регулированием, ибо эти понятия сразу накладывают отпечаток эссенциальности как производности действия права от положенной сущности права). Иными словами, *правовая подлинность складывается в процессе правового бытия — она не может быть предзадана в качестве сущности права*. Поскольку же право вне человека модальности существования не имеет, постольку *право всегда есть антропно связанная структура*. Это означает, что только правовое бытие, в центре которого находится (существует) человек-в-праве, с антропологической точки зрения может обнаружить правовую подлинность, ибо только в нем присутствует не субъект права как «нормативный человек», а человек-в-праве. Это, повторимся в очередной раз, не означает, что правовые нормы, идеи или отношения утрачивают свою значимость в собственных концепциях правопонимания; они теряют это качество лишь по отношению к своему классическому статусу правового эталона в антропологическом типе правопонимания.

Из обобщения этого первого базового положения антропологического понимания права, можно заключить, что антропологическое представление права включает в себя следующие характеристики: 1) антропологическая связанность, 2) нормативность, 3) погруженность в правовую жизнь, 4) динамизм (становление), 5) процессуальность, 6) современность, 7) конкретность, 8) ситуативность.

Правовое же бытие, понятое через правовое существование человека-в-праве, представляет собой такой способ осуществления права в правовой действительности, в котором одновременно актуализируются все необходимые аспекты антропологически представленной правовой реальности: 1) человек, 2) норма права и 3) факт правовой жизни.

В отношении первого положения антропологического типа правопонимания также следует высказать еще одно суждение.

Выдвигаемый тезис о правовом существовании взамен сущности права призван лишь подчеркнуть принципиальную антропологическую связанность права и невозможность внеантропологического разговора о главном, подлинном («сущности») в праве *с позиции антропологии права*. Антропология права не претендует на теоретическую монополию в качестве единственного методологического языка права, она основывается на принципе методологического плюрализма, более того, пока не прояснены ее операциональные возможности. Вместе с тем в концептуальном плане антропология права, безусловно, открывает новые аспекты правовой реальности, в том числе того, о чем мы говорим сейчас, — об антропологическом понимании права. Антропология права рассматривает право в правовом существовании и через акт правового существования, в то время как общая теория права если и использует антропологический способ познания права, то может в этом отношении применять лишь ресурс частной теории субъекта права, ибо иного учения о человеке в праве у нее нет. Хотя ради справедливости следует отметить, что множество тем, разработанных в рамках общей теории права, и даже тем, входящих в традиционную структуру общей теории права как учебной дисциплины, так или иначе затрагивают сугубо антропологические проблемы права, однако ввиду сдерживающей конструкции «субъект права» должного антропологического развития они не получили²⁷¹.

М.А. Беляев

К вопросу об инструментальном аспекте правопонимания (на примере проблемы сверхрегулирования)²⁷²

У любого типа правопонимания есть не только мировоззренческое содержание, но и некий инструментальный потенциал. Данный факт объясним генетически. Отвлеченное знание никогда не возникает само собой, а только

²⁷¹ В частности, речь идет о правовом сознании, правовой культуре, учении об усмотрении, о квалификации, толковании права, вынесении правоприменительного решения, в целом о социально-психологических аспектах применения права и т. д.

²⁷² Публикация подготовлена при поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 16-03-00291.

лишь в процессе решения какой-либо задачи практического характера – либо как условие, либо как результат решения этой задачи. В юридической науке эта закономерность наблюдается повсюду, вплоть до самых верхних уровней абстракции²⁷³. В этом смысле понятие права представляет собой своего рода «свернутую», сокращенную теорию²⁷⁴, которая, в свою очередь, допускает своеобразную «репатриацию» в мир юридической деятельности в виде интеллектуальных инструментов.

Представляется, что различные типы правопонимания не инвариантны в прагматическом смысле, т.к. вызваны к жизни различными потребностями и имеют несовпадающие социокультурные предпосылки, разную историю. Из этого следует, что существуют познавательные задачи, которые могут быть сформулированы и решены в рамках какой-то одной концепции права, а все другие концепции либо не пригодны для решения, либо не позволяют даже поставить саму задачу. Данный вывод, хоть и кажется нетривиальным, в философии права рассматривается крайне редко. Для него требуется найти верифицирующие факты – это и является главной задачей настоящей работы.

Для верификации необходим конкретный пример. Рассмотрим сверхрегулирование – присущую современности проблему, в практическом характере которой нет сомнений. Для исследователей не будет откровением тот факт, что во многих правовых порядках преобладает некая общая зарегулированность, избыток правил и предписаний. В свое время эту интуицию профессор Стэнфордского университета Дж. Бартон выразил в метафоре правового взрыва (*legal explosion*). По мнению Бартона, если динамику роста судебных дел экстраполировать на начало 21 столетия, то федеральные суды (речь идет о США) должны будут рассматривать миллион дел ежегодно, а их решения будут выходить тысячами томов. Но рост судебных дел, говорит автор, есть не что иное, как видимая часть айсберга, в действительности же право проникает буквально во все стороны американской жизни – незаметно и неотвратимо. Источниками права становятся, наряду с судебными решениями и актами парламента, решения федеральных агентств и даже документы страховых компаний и акты корпоративного характера. Увеличивается и количество формуляров и анкет, которые должны заполнять граждане, то же самое – в сфере бизнеса. Затраты на юриди-

²⁷³ Абсолютно права В.В. Лапаева, когда утверждает: «достаточно очевидно, что споры о понятии права не носят схоластический характер, оторванный от реальной социальной жизни. Именно тесная связь типа правопонимания с правовой практикой, самым непосредственным образом влияющей на судьбы людей, и обуславливает неослабевающий накал научных дискуссий о понятии права» (Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С.15).

²⁷⁴ На этом особенно настаивает В.С. Нерсесянц, следуя, в первую очередь, за Гегелем. «Если понятие права – это сжатая юридическая теория, то юридическая теория – это развернутое понятие права» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 2004. С. 27).

ческое сопровождение сделок растут с космической скоростью и становятся абсурдно завышенными²⁷⁵. Таков общий характер проблемы.

Автор не приводит эмпирических данных в поддержку своей позиции, но со времени выхода в свет статьи о правовом взрыве таких сведений накоплено уже очень много. Например, исследования Competitive Enterprise Institute демонстрируют следующее²⁷⁶:

- в 2010 году Федеральное правительство США потратило 55.4 млрд. долларов на деятельность федеральных агентств, т.е. регулирующих и контролирующих органов;

- соблюдение всех регламентов и правил, созданных этими агентствами (и контролируемое ими) обошлось бизнесу и потребителям в 1.75 трлн. долларов (что составило 12% ВВП страны на тот период);

- для сравнения: все доходы предпринимателей за тот же 2010 год составили 1.46 трлн долларов (до уплаты налогов);

- за 10 лет, с 2001 по 2010 год в Федеральный Реестр было добавлено 38 700 новых правил и требований, объем его составил на 2010 год 81500 стр. (для сравнения в Австралии объем реестра составляет 64600 стр., т.е. это проблема не исключительно Соединенных Штатов).

В общем, понятно, что регулирование в таком объеме избыточно, причем как правовое, так и техническое. Но чем же можно объяснить столь бурный и неуправляемый рост правовой сферы (он имеет место, безусловно, и в нашей стране, просто подобного роста цифры в открытой печати отсутствуют)?

Бартон указывает на несколько основных причин. Во-первых, представляется, что усложнилось само общество, появилось множество новых материальных и духовных благ, которыми можно обмениваться. Люди стали заключать больше сделок, сами сделки стали более разнообразными и сложными, что потребовало и соответствующего регулирования. Можно назвать данный фактор объективным. Во-вторых, в обществе утрачено доверие к отдельному человеку, т.е. индивиду. Он рассматривается как не способный справляться со своими зависимостями и природными ограничениями. Например, человек не может побороть зависимость от наркотиков – и именно поэтому оборот наркотических средств и психотропных веществ должен находиться под строгим контролем. Другой пример: мало кто в состоянии контролировать качество продаваемых в супермаркетах продуктов питания – следовательно, эту функцию на себя должны взять региональные или муниципальные власти. Подобную логику

²⁷⁵ Barton J.H. Behind the Legal Explosion // Stanford Law Review. 1975. Vol. 27. No. 3. P.567–584.

²⁷⁶ Kovacs T. Federal Labor Agencies Ambush American Economy: How the Department of Labor and National Labor Relations Board Support Big Labor, Not the American Worker // URL: <https://cei.org/content/federal-labor-agencies-ambush-american-economy>.

можно распространить и на иные правоотношения. Этот фактор, конечно, следует считать субъективным.

Но названные причины не кажутся очень уж убедительными, а кроме того, они противоречат друг другу. Общество – это люди и их ассоциации. Если общество усложнилось, то как же индивиды умудряются сохранять свою беспомощность? Они должны развиваться одновременно с обществом. Снижение компетентности целых масс населения – это социальный регресс, а не прогресс. Но если это и так, то почему издание новых норм ориентировано именно на тех людей, которые не способны что-то понимать или чем-то управлять, а не на свободных, ответственных и креативных личностей? Не лучше ли в таком случае худших поднимать до уровня лучших, а не опускать планку? В общем, неудобных вопросов эта схема порождает много, а ответов на них нет.

Экономическая наука, продолжает Бартон, не занята объяснением того, почему растет массив правовых норм. Зато она может весьма иллюстративно показать, что данный рост является вредным, поскольку ведет к завышенным транзакционным издержкам. И в принципе кажется, будто бы собственного экономического объяснения для юридикации общества просто нет, поэтому возникают апелляции к психологии и т.д.

Отдельные экономисты склонны приписывать сверхрегулирование глупости или властному инстинкту людей, издающих предписания – но это, конечно, объяснение обыденное, а не научное. Более рациональным было бы считать, что нормотворцы в данном случае лишь лоббируют интересы той группы, которая экономически выигрывает от правового взрыва – тогда по крайней мере понятно, почему развитие права идет не только стремительно, но и хаотично. Ведь из того принципа, что «интересы субъектов – участников правоотношений – являются основой правового регулирования»²⁷⁷, никаким образом не следует, что эти интересы будут согласованы – хотя сам по себе принцип справедлив. Данная причинно-следственная связь имеет силу как в норме, так и в патологии, и пример последней – это как раз избыток норм, возникающий из-за того, что каждый крупный игрок стремится закрепить свои интересы путем возведения их в ранг формальных правил.

Несмотря на то, что реальность сверхрегулирования очевидна, его концептуальное осмысление отсутствует почти полностью (редкие отечественные работы, посвященные юридикации²⁷⁸, не могут быть приняты в расчет только по одной причине: на них нет реакции исследовательского сообще-

²⁷⁷ Немытина М.В. Корпоративно-публичное правовое регулирование: теория и практика // Юридическая техника. 2014. № 8. С. 299.

²⁷⁸ Денисенко В.В. Юридикация общества как научная проблема современной правотворческой техники // Юридическая техника. 2012. № 6. С.159-162; Скоробогатов В.Ю. Саморегулирование как свойство правовой системы. Дисс. ... к.ю.н. М., 2013. С. 89–92.

ства). Но каковы причины молчания теоретиков? Думается, таких причин, как минимум, три:

(1) проблема избытка правовых норм, как и всякая другая, требует доказательства своей новизны, а чисто эмпирические доказательства в юриспруденции мало что значат;

(2) модель познающего субъекта, на которую опирается сегодняшняя наука о праве, не вполне пригодна для осмысления сверхрегулирования;

(3) отечественная юриспруденция располагает довольно слабым опытным инструментарием, не позволяющим извлечь практический смысл из ряда реально существующих ситуаций.

Поскольку о первой и второй причинах я уже высказывался в соответствующем месте²⁷⁹, сосредоточусь на третьей причине. Для определенности пусть она будет называться дефицитом понимания.

Понимание – методологическая процедура, которую в определенном контексте принято противопоставлять объяснению под предлогом того, что в случае объяснения мы имеем дело с законами природы (а они неизменны, универсальны и пр.), а в случае понимания приходится работать с человеческой субъективностью и следами ее присутствия в социальном мире. Объяснение опирается на принцип каузальности, понимание процедурно ориентировано на выявление смысла. Пример сверхрегулирования как раз-таки иллюстративен тем, что неправовые дисциплины могут сегодня сказать о нем намного больше, чем сама юриспруденция, не видящая в этой проблеме особого научного смысла. К примеру, для социологии «правовой взрыв» интересен в аспекте его разнообразных последствий, т.е. это повод исследовать развитие неформальных практик, к которым все чаще начинают прибегать граждане в целях удовлетворения своих личных интересов. Политическая наука, в свою очередь, интересуется теми силами, которые участвуют в конфликте интересов (не было бы конфликта, не существовали бы и неформальные практики). Но для юриспруденции такого рода феномены представляют собой некую безразмерную лакуну, наука не видит здесь никакой теоретической проблемы. В отношении юридикации существует дефицит понимания.

Существует методологическая трудность: как проблематизировать избыток права, не имея универсального эталона, показателя достаточности правового регулирования? Коварство положения заключается в том, что традиционная теория правового регулирования не располагает инструментом критической оценки количественных характеристик права в связи с его качественными

²⁷⁹ Беляев М.А. Сверхрегулирование: трудности проблематизации // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: Сб. трудов международной научной конференции (Воронеж, 02-04 июня 2016 г.). Воронеж, 2016. С.160–176.

ми характеристиками. Пример – юридический позитивизм, самая распространенная парадигма, ближе всего стоящая к повседневной правовой деятельности. В позитивизме право, исходящее от легитимной власти, само предполагается легитимным, если явным образом нет доказательств обратного. Эта установка – бессознательная, но рабочая и экономичная, она устраивает всех, кто вовлечен в подобного рода практики. При этом, когда стороннику позитивизма требуется найти основания, в силу которых норма или институт являются обязательными, то обнажается наиболее уязвимое место этой доктрины. Она не указывает, насколько справедливым для тех или иных субъектов будет установленный правопорядок, не позволяет соотнести правовое регулирование с идеалами свободы личности, формального равенства и т.п. Для позитивиста закон воплощает сокровенную сущность права и вне сомнения остается мерилом права – до тех пор, пока не будет отменен или изменен законодательным органом. В лучшем случае, в качестве основания истинности правового суждения позитивист может предложить что-то вроде «основной нормы» Кельзена, но связывать правопорядок только с нормативной структурой ошибочно. Это грозит регрессом в бесконечность (когда окончательного обоснования мы не сможем найти), либо нормативным фундаментализмом (какой-то принцип должен обосновать сам себя).

Хотелось бы уточнить: речь не идет о том, чтобы отбросить позитивизм любой ценой под предлогом его неработоспособности. Надо отдавать себе отчет, что концепция, которая видит основание действительности правовой нормы исключительно в том, что данная норма издана сувереном в лице компетентного органа государственной власти, не является ложной только по этой причине. Здесь тождество нормы права и приказа суверена играет роль достаточного основания, что коррелирует с методологической основой позитивизма: норма права есть эмпирический факт и ее авторство тоже является эмпирическим фактом. Следовательно, речь может идти только о том, установлена ли связь между двумя фактами, ненаблюдаемые объекты для объяснения права привлекать вовсе не требуется.

Однако тут-то мы и сталкиваемся с разницей объяснения и понимания. Если связка фактов представляет собой предмет ретроспективного обзора (событие А вызвало к жизни событие Б и т.д.), то здесь работает именно естественнонаучный схематизм, для которого понятие времени редуцировано к интервалам повторения одного и того же. Понимание как процедура опирается на историческое понимание времени, где уникальные следствия вызываются уникальными причинами, а типическое существует в виде исключения, но не правила. Но если применить процедуру объяснения к человеческой деятельности, то ничего, кроме типического, мы не сможем в этой схеме зафиксировать и отобразить. По сути, вся понимающая социология, начиная от А. Шюца и да-

лее, терзалась этой непреодолимой трудностью: как ввести однократность объекта исследования в саму ткань теории. Но если от уникальности исторических событий отгородиться повторяющимися фактами, придется в итоге вернуться к «социальной физике» Огюста Конта, т.е. примитивизировать дискурс.

Позитивизм, понятное дело, подобных дилемм для себя не формулирует. Он всецело ориентирован на процедуру объяснения, и для него плотность нормативного регулирования не может быть выше или ниже приемлемого уровня – она всегда оптимальна. Позитивизм не отказывается от рациональных поводов работать с массивом действующих норм в чисто техническом ключе: уточнять формулировки, исключать дублирующие друг друга правила, разрешать споры о компетенции между ведомствами, устранять коллизии правовых актов и т.п. Хорошо известно, что он не испытывает затруднений при классификации источников права, способен отличить моральную норму от правовой, а также разграничить объективные и субъективные моменты в реализации права. Но как только возникает вопрос о качестве правового регулирования, позитивизм мгновенно устраняется от ответа: по словам Дж. Остина, «существует право или нет – это один вопрос, а удовлетворяет ли оно принятым критерием качества – другой вопрос»²⁸⁰. Логика такой реакции чрезвычайно проста: интернализм заменяется экстернализмом, внутренние связи теряют самостоятельность, а связи внешние ее приобретают.

По ходу рассуждений внимательный читатель может предъявить автору обоснованную претензию следующего содержания: есть ли смысл делить типы правопонимания на «объясняющие» и «понимающие», если историческая уникальность сверхрегулирования отнюдь не доказана как факт науки? Это, действительно, очень важный вопрос, который нельзя оставить без внимания. Дело в том, что избыток юридических предписаний – это, наверное, не новость для историков права, они могут привести десятки примеров подобного явления из разных эпох. Уникальность сегодняшней ситуации не в количественной стороне вопроса, а в качественной. Никогда ранее право не было столь формализованным (не имело собственного языка и столь разветвленной абстрактной структуры), и в то же время никогда ранее оно не использовалось отдельными группами влияния для защиты и лоббирования партикулярных, а не всеобщих интересов. Специфика сегодняшнего сверхрегулирования состоит в том, что формальность и материальность права (термины М. Вебера) перестали взаимно компенсировать друг друга, вместо этого возрастает и одно качество, и другое. Иными словами, право универсальным образом проникает в социальное бытие, но движущие силы этого процесса отнюдь не имеют в виду ни общего блага, ни справедливости в качестве целей.

²⁸⁰ Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined* / Ed. W.E. Rumble, 1995. Cambridge: Cambridge University Press. P.157.

Подобного рода скачок в развитии алогичен, поэтому для науки разрастание регулирования гораздо легче рассматривать не как внутреннюю проблему правовой системы, а, например, как политическую тему. Ясно, что переведя разговор в эту плоскость, теоретик дает себе повод замолчать – наука ничего не может противопоставить политике, потому что они работают в разных измерениях реальности.

Вероятно, избыточное регулирование как факт повседневности мог бы заметить бизнес, скорее всего и заметил – если бы только создатели законов прислушивались к тому, что говорит сообщество предпринимателей. Вполне вероятно, что население тоже считает полезным упростить многие юридические процедуры – но, к сожалению, механизмы обратной связи в нашем обществе пока не очень развиты. В итоге получается порочный круг: те, кто мог бы многое рассказать о неформальных практиках обхода закона в целях урегулирования конфликтов, никому не интересны (кроме таких же, как они), а тем, кто профессионально производит высокоинтеллектуальный продукт, не интересна сама проблема – или просто незаметна для них.

Как видно из сказанного выше, позитивизм представляет собой самый яркий пример методологии, страдающей дефицитом понимания. Непозитивистские теории права, если они хотят давать правдоподобные интерпретации, например, парадоксам правового регулирования и многим другим аспектам современного правопорядка, должны не просто увеличить число собственных интеллектуальных инструментов, но выйти за рамки отождествления нормы закона и воли государства, расширив онтологию права. Необходимо осознать, что некоторые свойства явлений могут существовать только как результат сложных, но скрытых от непосредственного наблюдения отношений между сущностями. Мы довольно часто сталкиваемся лицом к лицу с тем, что марксизм называет превращенными формами²⁸¹, но мы их не узнаем – как раз потому, что они указывают на что-то иное по отношению к себе.

Применительно к праву это означает следующее. Достаточность регулирования тех или иных отношений опирается на представления о легитимности самого регулятора. Если вокруг той или иной практики сложились определенные ценностные предпочтения участников общественных отношений, то такая практика легитимна, поскольку признана и выступает базисом обоснования тех или иных суждений и выбора в широком смысле слова. Имеет ли эта практика четкое нормативное основание или не имеет его – не так принципиально, важнее, что у нее есть реалистическое, действующее нормативное содержание, которое для своего существования внешних референций не требует. Может ли та или иная практика быть сама по себе источником права? Все зависит от того,

²⁸¹ Мамардашвили М.К. Форма превращенная // Философская энциклопедия. Т. 5. М.: Советская энциклопедия, 1970. С.386–389.

какие свойства воплощаются в ней. Если эти свойства правовые, тогда на вопрос необходимо отвечать утвердительно, если этих свойств нет – значит, и нормативности нет.

И вот мы снова вернулись к проблеме сущности права, а значит и типа правопонимания. Как это следует понимать: наличие у практики правовых свойств? Представляется, что здесь обнаруживается некая теоретико-познавательная склейка – вопрос ставит наука, а отвечает на него идеология.

Именно правовая идеология может и должна компенсировать «слепые пятна» правовой теории, и у нее для этого есть все возможности. Общеизвестно, что предрасположенность к идеологизации действительности составляет необходимый компонент мышления, точно так же, как идеологические отношения имманентно присущи обществу. Идеология есть средство формирования социально-априорного в мировоззрении. Это вытекает из самого характера идеологического знания, предписывающего реальности то, какой ей следует быть, но не описывающего какую-либо наличную действительность. Сознание открыто к представлению о желательном как возможном. Открытость означает способность включаться в символическое пространство, порождаемое идеологией, воспринимать ценности, штампы, оценки, проекты, цели, предполагаемые данной концепцией, транслировать их.

Идеология дает ответы на нерешенные наукой вопросы в силу того, что постоянно циркулирующие в общественном сознании ментальные конструкты (идеологемы) предназначены исключительно для априорного, внеисторического и некритического взгляда на мир. Само движение мысли в этих «продуктах» прекратилось, они легко воспринимаются и передаются, но их очень трудно расшифровать. Всякая идеологема не имеет истории, она всегда присутствует как бы в настоящем времени, в этом ее особенность и сила, поэтому критика всякой идеологической установки либо выходит в сферу философской рефлексии, либо возможна с позиции другой установки.

Поэтому представление о правовом законе есть предмет идеологического порядка, а не научного. К числу идеологем следует относить интересубъективность, гетерархичность и плюрализм, ценностное триединство свободы, формального равенства и справедливости в праве. Идеология, таким образом, может выполнять для той или иной теории своеобразную компенсирующую функцию, создавая для науки возможность более широкого видения предмета.

И теперь я возвращаюсь к генеральному тезису данной работы: типы правопонимания могут быть использованы как инструменты оценки реальных проблем государственно-правового развития. Потенциал этих типов разный, а у позитивизма он минимален. Но есть и иные концепции. К примеру, парадигма естественного права, признающая верховенство неких принципов, преодолева-

ет крайний нигилизм и не отвергает с порога любой закон, точно так же, как и не одобряет его *a priori*. Поскольку закон может быть правовым, а может и не быть, его легитимность (видимо, и эффективность) сильно зависит от соответствия этим базовым принципам. Обеспечить это соответствие должен сам суверен. Но кто является ответственным за идею и смысл права? Если бы мы задали этот вопрос Фоме Аквинскому, он ответил бы нам в том смысле, что источник правовых принципов – воля Бога, а смысл их призвана разъяснять вселенская Церковь. Но она, по понятным причинам, ошибаться не может – а это-то и настораживает. В эпоху всеобщей секуляризации и агностицизма имплантировать в юридическую науку теологически понимаемую установку было бы безнадёжным делом. Метафизические же основания естественного права, лишённые религиозного содержания, непонятны вовсе: что есть природа человека самого по себе и почему ей должны соответствовать некие законы общества? – всё выглядит как-то непродуманно, а кроме того, не вполне научно. Естественно-правовое мировоззрение сохраняет немалую долю трансцендентализма, в силу чего не может быть использовано в целях осмысления актуальных проблем юридической деятельности²⁸².

Иной вариант теоретизирования о праве, как представляется, наиболее продуктивен, правда, он не существует в виде единой концепции. Я здесь имею в виду коммуникативную теорию права, с одной стороны (И.Л. Честнов, А.В. Поляков и его ученики), и либертарную парадигму – с другой (В.С. Нерсисянц, В.В. Лапаева, Н.В. Варламова). Поскольку в данной работе нет возможности вникать во все тонкости названных учений, отмечу главное. И та, и другая концепции фиксируют расхождение, нетождественность закона и права – и этим в лучшую сторону отличаются от нормативизма. По мнению либертаристов, право есть некий идеал, сконцентрированный в неотчуждаемых правах человека, чьей охраной и соблюдением озабочено сегодня международное сообщество. Содержанием этого идеала является триединство формального равенства, свободы и справедливости²⁸³. Коммуникативная теория начинается с того, что фиксирует в праве такое свойство как легитимность, а в обществе – такое условие

²⁸² Любопытный момент: с точки зрения А.Ю. Дорского, концепция естественного права никогда не опиралась на метафизику человеческой природы – потому что это теоретически невозможно. И у Гоббса, и у Локка внимание сосредоточено на социальных коммуникациях, а не на природных данностях (Дорский А.Ю. Философские основания коммуникативной концепции права // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2010. № 134. С. 27).

²⁸³ См. об этом: Нерсисянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3 – 15; Лапаева В.В. Принцип формального равенства как сущностный принцип права // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / Под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 6–19.

легитимности права как взаимное признание²⁸⁴. В этом смысле, какими бы ни были правовые принципы, у их истока стоит понятие личности, а их осуществление возможно только посредством диалога, т.е. реального человеческого взаимодействия, обсуждения тех или иных решений в сфере политики и права.

Исходя из этого становится очевидным тот критический (в хорошем смысле) потенциал, который имманентно заложен в обе названные теории. Закон, т.е. нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой, вовсе не то же самое, что право, он может быть правовым (и тогда он легитимен и справедлив) или неправовым (тогда он подлежит отмене)²⁸⁵. Либертаризм и коммуникативизм расходятся в понимании того, каким образом конституируется правовой идеал, но не противоречат друг другу в части оценки реального правового регулирования. Иными словами, только с помощью данных методологических установок за чисто количественной проблемой можно увидеть проблему качественную, специфицировать ее и предложить пути решения. Всё это становится возможным только потому, что и либертарная, и коммуникативная теории права не опираются на интуицию кантовского субъекта²⁸⁶. Им гораздо ближе то юридическое познание, которое сложилось на Западе благодаря работам Ю. Хабермаса, П. Бурдьё (но сами эти концепции, что важно, оригинальны в своих онтологических тезисах).

Таким образом, на примере проблемы юридификации видна некая закономерность: следование канонам и догмам трансценденталистского мышления не позволяет тематизировать реально существующие феномены правовой жизни. Отказ от устаревшей парадигмы меняет оптику взгляда, позволяя избыток правового регулирования из плоскости технической перевести в собственно правовую. И здесь мы наблюдаем замечательное единство в оценках: сверхрегулирование, конечно же, нелегитимно с позиции либертаризма (поскольку противоречит неотчуждаемым правам человека – или по меньшей мере затрудняет их реализацию) и неэффективно с позиции коммуникативной теории, поскольку возникает и усиливается по причине существенного дефицита делиберативной демократии в обществе.

²⁸⁴ Подробнее об этом см.: Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Там же. С. 70 – 85.

²⁸⁵ См.: Варламова Н.В. Обеспечение прав человека как критерий эффективности правового регулирования // Правовое регулирование: проблемы эффективности, легитимности, справедливости: Сб. трудов международной научной конференции (Воронеж, 02-04 июня 2016 г.) / Воронеж, 2016. С.43–56; Лапаева В.В. Либертарно-юридическая догматика как фактор повышения качества и эффективности правового регулирования // Там же. С.27–35.

²⁸⁶ Как справедливо отмечает И.Л. Честнов, практичность коммуникативной теории права «состоит в антиэссенциализме – в признании того, что реально, фактически существуют люди, их действия и последствия действий, а также значения, приписываемые тем, другим и третьим» (Честнов И.Л. Практическое измерение коммуникативной теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4. С.53).

**Анализ существующих типов правопонимания:
практическая составляющая дискурса**

Быть опровергнутым – этого опасаться нечего;
опасаться следует другого – быть непонятым.

Иммануил Кант

Верьте тем, кто ищет истину; не доверяйте тем, кто нашел ее.

Андре Жид

Современное общество до сих пор находится в стадии качественных преобразований, обусловленных изменением характера взаимоотношений гражданского общества и государства. Это закономерно приводит к изменениям идеологического отношения к праву, его роли, возможностям и переосмыслению правопонимания в целом. Для юридической науки, «изучающей социальные отношения, это время ее максимальной востребованности, ее «звездный час», когда она должна в полной мере продемонстрировать свою роль важнейшего социального института, обладающего прогностической функцией и способного задавать обществу научно обоснованные ориентиры развития»²⁸⁷. Поэтому неудивительно, что современные реалии привели к широкому дискурсу в теории права о разработке новой концепции правопонимания. В то же время категория правопонимания не является и не может по своей сути являться некой абстракцией, оторванной от конкретной жизни. Дискуссия о понятии права и доминирующем типе правопонимания в обществе всегда имеет практическую составляющую. «Голая абстракция» трансцендентного начала в праве всегда наполняется конкретным содержанием — проявлением этого всеобщего признака (предназначения права) в историческом и социокультурном контексте фактически существующего социума, т. е. того, как именно обеспечивается его воспроизводство»²⁸⁸. «При этом диалектика взаимодействия теории и практики такова, что та или иная доктринальная трактовка права приобретала доминирующий характер в рамках отдельной страны на определенном историческом этапе ее развития в конечном итоге именно благодаря актуальным потребностям социально-правовой практики»²⁸⁹. Таким образом, тип правопонимания имеет тесную взаимосвязь с правоприменением, что, в конечном счете, пред-

²⁸⁷ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. С.5

²⁸⁸ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2 (241). С.16.

²⁸⁹ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.6.

определяет научный интерес к пониманию права. Однако в силу расплывчатости, а порой, и недостаточной четкости современных теоретических концепций правопонимания они не всегда способны эффективно взаимодействовать с правовой практикой. Правоприменитель, не понимая сущность теоретической концепции, «придерживается наиболее примитивного с теоретической точки зрения и нередко внутренне противоречивого подхода со всеми вытекающими отсюда негативными последствиями для правовой практики»²⁹⁰.

Рассмотрим диалектику подходов к правопониманию, учитывая их практическую составляющую.

Среди традиционных концепций, формирующих понятие правопонимания и объясняющих природу права, попытаемся проанализировать следующие: естественно-правовую, либертарно-юридическую, лигистскую и социологическую концепции.

Истоки естественно-правовой концепции правопонимания идут с античных времен. В эпоху просвещения и буржуазных революций XVII-XVIII в.в. данная концепция нашла свое отражение в трудах Гоббса, Локка, Руссо, Монтескье и других мыслителей того времени. В России концепции естественного права развивали А.Н. Радищев, П.И. Новгородцев, Б.И. Чечерин, Н.А. Бердяев. Замечено, именно в критические моменты истории, связанные с кризисами, реформами, революциями, войнами естественно-научный подход становился наиболее востребованным. Это не случайно, т.к. данный подход основан на вечных общечеловеческих ценностях (понятии справедливости, приоритете прав и свобод человека). Естественно-научный подход к правопониманию – это прежде всего человекоцентричный подход. Он предполагает абсолютизацию нравственных категорий, сближение понятий права и морали. Существование права обусловлено воплощением в нем нравственных начал. Естественно-правовому подходу свойственен правовой дуализм, заключающийся в представлении о двух действующих системах права – праве естественном и праве официальном²⁹¹. Право официальное должно соответствовать естественному праву, как реально существующему явлению. Право, не воплощающее в себе нравственные начала, не является справедливым. В этом заключается как прогрессивность данного подхода, так и его несостоятельность с точки зрения правоприменения. Приоритет нравственных критериев, свойственных естественно-правовому типу правопонимания, приводит к размытости пределов действия права, и правовая практика лишается теоретических критериев оценки правового качества закона. Исходя из этого, вызывает сомнение, насколько данная правовая кон-

²⁹⁰ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.5.

²⁹¹ Нерсесянц В.С. Философия права. Краткий учебный курс. М., 2000.

цепция правопонимания способна решать насущные и дискуссионные вопросы социальной реальности, например, допустимость смертной казни, аборт, легализации эвтаназии.

Близким по своей сути к естественно научному подходу является либертарно-юридический тип правопонимания. В рамках данного подхода право увязывается со свободой человека. Для данной концепции свойственно различие права и закона и трактовка права как меры свободы. «Разница между естественно-правовым и либертарно-юридическим типами правопонимания определяется мерой последовательности в трактовке права как выражения разумных начал социальной жизни. Для либертарно-юридического подхода эти разумные начала социальности отождествляются с универсальным принципом формального равенства, выражающим сущностный признак права»²⁹².

В отличие от естественно-правовой концепция правопонимания позитивистская рассматривает право как регулятор общественных отношений, исходящий непосредственно от государства. Теоретики правового позитивизма (Д. Остин, Бергам, Харт и др.) признавали единственным источником правообразования – государство. Исторически значимым и наиболее разработанным направлением позитивистской юриспруденции является легистский тип правопонимания. В рамках данного направления право отождествляется с законом. Такая концепция исторически соответствовала запросам абсолютной монархий, авторитарных и тоталитарных режимов. Именно легистский тип правопонимания стал востребованным в СССР в период сталинизма. Отсутствие критериев отличия права от произвола, позволяющие устанавливать нормы, нарушающие базисные человеческие права, являются характерными чертами данного типа правопонимания. С точки зрения правоприменения легизм ограничивает право рамками национального законодательства и не признает обычаев, не санкционированных законом.

Как реакция на усиление легистского подхода к правопониманию в теории права получило развитие социологическое правопонимание. Несмотря на то, что с позиции методологии исследования социологическое правопонимание остается в рамках позитивистского подхода²⁹³, данная концепция уже толкует право как факт социальной жизни. Востребованность данного типа правопонимания особенно ощутима в области международных отношений, в которых международно-правовым обычаям отводится большая роль. В этой связи становится особенно значимым взгляд на социальное право Ж.Гурвича как на одно из направлений социологического типа правопонимания. Согласно данной кон-

²⁹² Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. С.37

²⁹³ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.11.

цепции право, вырастающее на договорной основе из потребности социальной интеграции без участия какого-либо наднационального центра власти, - это и есть социальное право²⁹⁴. В то же время оппоненты социологического правопонимания отмечают, что оно «не дает в достаточной мере решение проблемы, потому что не позволяет сформулировать критерии, с помощью которых можно было бы определить, какие сложившиеся в форме обычая социальные нормы имеют правовую природу и могут рассматриваться в качестве источника права, а какие относятся к сфере нравственности, религии, делового обыкновения и т.п.»²⁹⁵. Иными словами социологический тип правопонимания предполагает возможность считать правом любую сложившуюся на практике социальную норму. Остается неразрешенным вопрос - что есть правовым, а что неправовым началом в общественной жизни.

В последнее время теоретики права нередко анализируют так называемый интегративный подход к правопониманию в качестве самостоятельного типа правопонимания. Развитие данной концепции связывают с доминированием в 90-е годы XX века сначала на Западе, а затем и в России мировоззрения постмодернизма²⁹⁶. Я.И. Гилинский справедливо отмечает, что «понятие постмодерна неоднозначно понимается и в разное время, и в разных областях науки и искусства»²⁹⁷. Таким образом, именно постмодернизм, ориентированный на теоретический плюрализм, создает хорошую почву для развития интегративного (или плюралистического) типа правопонимания. Сторонники интегративного подхода исходят из необходимости объединения различных типов и направлений правопонимания, с помощью которых можно раскрыть понятие права как «многоаспектного явления, исключающего единое определение»²⁹⁸. Оппоненты же интегративного подхода отмечают несостоятельность этой концепции ввиду невозможности достичь единства взглядов на предмет исследования при различных основополагающих идеях.

В настоящее время наиболее перспективным, по мнению некоторых теоретиков права, является поиск нового типа правопонимания в области философских концепций. К философским направлениям, способным предложить

²⁹⁴ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С.88.

²⁹⁵ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.11.

²⁹⁶ Там же. С.8.

²⁹⁷ Гилинский Я.И. Преступность, девиантность и социальный контроль в эпоху постмодерна. Тезисы к размышлению // Преступность и социальный контроль в обществе постмодерна. Материалы XXVIII международной Балтийской криминологической конференции. Российский государственный педагогический университет им. А.И. Герцена. СПб., 2015. С.36

²⁹⁸ Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 62,63.

постклассический тип правопонимания, относят в данном случае следующие: феноменологию, герменевтику, антропологию и синергетику²⁹⁹.

Феноменология берет свое начало от получившего развитие в XX в. феноменологического направления в философии. Основателем данного направления считается немецкий философ Э. Гуссерль. Сущность феноменологического подхода в самом общем виде была предложена Ж.-Л. Бержалем: «Особенность правового феномена, заключается в том, что он по сути своей относителен: Его внутренняя идея и его внешние проявления варьируются в зависимости от времени и пространства и обусловлены конкретными правовыми системами, то есть зависят от своего окружения»³⁰⁰.

Несмотря на развитие нескольких направлений в рамках феноменологического подхода, одни из них имели умозрительные конструкции (трансцендентальная феноменология), другие - окончательно не сложились (социолого-феноменологическая школа). Как отмечает И.Л. Честнов., «очевидно, что трансцендентальной феноменологии права не хватает конкретики имманентного, тогда как социологической феноменологии права не достает априорного основания, свойственного всем правовым явлениям»³⁰¹.

Философская герменевтика исходит из того, что «неотъемлемой характеристикой человеческого бытия является понимание человеком окружающего его мира путем интерпретации смыслов явлений и процессов этого мира, который рассматривается как своего рода текст»³⁰². Согласно пониманию французского философа П. Рикара право— это отношение к другому, опосредованное институтами. Именно в публичной сфере человек превращается в субъекта права: из Я или Ты в Любого (Всякого, Каждого), т. е. становится носителем безличностных (надличностных) свойств — прав и обязанностей. Именно в этом и состоит суть справедливости — признание Я в качестве Любого, другими словами, признание за каждым формального равенства. Тем самым только и возможно совместное проживание или общество как единое целое (основанное на сотрудничестве, т. е. политическое общество). Таким образом, у П. Рикара, по мнению И.Л. Честнова, абсолютизируется беспредпосылочность смысла справедливости³⁰³.

Другой известный сторонник герменевтического подхода к праву немецкий философ права А. Кауфман ищет истоки права в судебном решении,

²⁹⁹ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2 (241). С.8.

³⁰⁰ Бержал Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 33.

³⁰¹ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2 (241). С. 11.

³⁰² Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия. 2012. С.198

³⁰³ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2 (241). С. 11-12.

«утверждая, что для каждой ситуации существует свое истинное право, которое «становится» в процессе и его отыскания»³⁰⁴. При этом не дается ответа на один из основных вопросов, - какими критериями руководствуется судья в процессе герменевтического осмысления текста закона и той конкретной жизненной ситуации, в которой он должен быть применен³⁰⁵.

Представители инструментального направления в герменевтике, понимающие задачу герменевтики в толковании текста, оставляют неразрешенными вопросы четкого критерия толкования права³⁰⁶.

Антропологическое правопонимание ищет сущность права в человеке как социобиологическом существе. Данное направление подчёркивает социокультурную обусловленность природы человека, что приводит к признанию многообразия культур и правовых систем современности. По мнению В.В. Лапаевой, «практическое значение антропологического типа правопонимания связано прежде всего с познавательными возможностями, которые оно дает для изучения сложного комплекса социально-биологических факторов, влияющих на позицию законодателя и правоприменителя в процессе познания, создания и применения ими права»³⁰⁷.

В рамках антропологического правопонимания интерес вызывает разрабатываемая в настоящее время социокультурная социология права. Право в данном случае рассматривается в его «человеческом изменении». Согласно данной концепции право понимается как «сложное, многогранное явление, которое образуют такие пласты или аспекты, как человек, формирующий и воспроизводящий правовую реальность; знаковые формы, благодаря которым некоторые человеческие действия приобретают статус (значение и смысл) юридических; юридически значимые практики, включающие ментальную, психическую и поведенческую стороны»³⁰⁸. В то же время, как отмечают В. Г. Баев и А. Н. Марченко, социокультурная социология права недостаточно раскрывает объективные условия, формирующие как ментальности, так и правовые практики³⁰⁹.

Синергитический подход к социальным явлениям становится популярным в научном мире к концу XX в. Центральной проблемой синергетики явля-

³⁰⁴ Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. М.: Наука, 1988. С. 134.

³⁰⁵ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. С.202

³⁰⁶ Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Правоведение. 2002. № 2 (241). С.12.

³⁰⁷ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.10

³⁰⁸ Социокультурная антропология права: коллективная монография / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс 2015. С.200.

³⁰⁹ Баев В.Г., Марченко А.Н. Социокультурная антропология права: коллективная монография / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 840 с.; Lex Russica. 2015. № 6. С.114-118.

ется взаимоотношение порядка и хаоса³¹⁰. Синергетика предлагает теорию отбора, трактуемого «как универсальный механизм развития любой диссипативной системы. Поскольку общество является подобной системой, то эта теория не может не быть применимой и к развитию общества»³¹¹. Согласно синергетическому подходу к правопониманию представление о праве складывается как о неустойчивой, разбалансированной системе, находящейся в постоянном становлении и эволюции. «Такая методология чрезвычайно перспективна для анализа правовой реальности, в частности, в выявлении механизмов эволюции права, его служебной роли относительно общества и др. Однако эти плодотворные идеи нуждаются не только в конкретизации эмпирическим юридическим материалом, но и в формировании теории «среднего уровня», обеспечивающей их адаптацию применительно к специфике правовой реальности»³¹².

Анализ различных типов правопонимания, сформулированных на протяжении длительного времени в теории права, позволяет прийти к выводу о том, что в каждом из выработанных подходов раскрываются определённые аспекты правопонимания. В то же время каждый из них имеет существенные недостатки и, следовательно, на сегодняшний день ни одно из них не вправе претендовать на исчерпывающую полноту и истинность. Однако «то или иное понимание сущности права через понятие права воздействует на формирование доктрины права»³¹³, являющейся главным связующим звеном между правовой теорией и практикой. Можно констатировать, что в настоящее время идет становление новых научных парадигм, требующее нового теоретико-методологического подхода к пониманию права. Предпосылками к формированию таких парадигм являются, с одной стороны, исторические преобразования, происходящие в современном обществе и накопленный опыт в исследовании начал общественной жизни, а с другой, - потребности практики. В совокупности данные обстоятельства приводят к необходимости переосмысления классических концепций правопонимания и поиску новых, наиболее приемлемых (востребованных) для современного общества. Эти концепции должны «дать теоретически обоснованные и верифицируемые критерии правового начала, очерчивающие границы конституционно-правового пространства для законодателя и правоприменителя»³¹⁴.

³¹⁰ Бранский В.П. Теоретические основания социальной синергетики [Электронный ресурс]. URL: <http://hr-portal.ru/article/teoreticheskie-osnovaniya-socialnoy-sinergetiki>.

³¹¹ Бранский В. П. Теоретические основания социальной синергетики [Электронный ресурс] // URL: <http://hr-portal.ru/article/teoreticheskie-osnovaniya-socialnoy-sinergetiki>.

³¹² Честнов И.Л. Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика права. СПб., 2002.

³¹³ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М.: Российская академия правосудия, 2012. С.28.

³¹⁴ Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С.5.

**Юридикация общества
с позиции современных типов правопонимания³¹⁵**

Исследование вопроса типов правопонимания зачастую представляется избыточным, но это не так. Проблема правопонимания приобретает особую актуальность именно сейчас, в условиях глобализации правопорядков. Глобализация связана с такими явлениями как формирование наднациональных органов власти и проблемы принятия норм на межгосударственном уровне. Неизбежным спутником глобализации является феномен увеличения объема правового массива и сферы его регулирования, что в современной науке принято называть категорией – «юридикация»³¹⁶. Юридикация сводится к двум процессам экспансия права (правовое регулирование новых общественных отношений или отношений, которые не были до этого легально упорядочены), и возрастание плотности права (детализация действующего законодательства, расширение поля правового регулирования интенсивным путём)³¹⁷. С позиции нормативного подхода, долгое время господствовавшего в отечественной науке, объяснить процесс увеличения нормативного массива не представляется возможным, а причины этого явления находятся за пределами системы законодательства.

Наиболее полно причины юридикации описал немецкий философ Юрген Хабермас, который является автором дискурсивной теории права³¹⁸. Хабермас выделяет четыре исторических этапа юридикации и объясняет причины на каждом из них. В целом, причина рассматриваемого явления немецкий философ объясняет формированием социального государства, которое порождает увеличение количества законов. На первом этапе этот процесс оформляет отделение государства от традиционного общества, а также закрепляет монополию государства-суверена на применение силы. Характерной чертой первого этапа является освобождение общества от феодальных отношений зависимости, но при этом юридикация не защищает от произвола законодателя. Стремление к ограничению административной власти прослеживается позже, на следующих этапах. На втором этапе формируется буржуазное правовое государство. Именно в это время появляются конституционные гарантии защиты жизни, свободы, собственности частных субъектов от произвольного вмешательства суверена. Третий этап характеризуется большим количеством правовых норм, закрепляющим избирательные права граждан. При этом общество становится единственным источником легитимации политической власти. Налицо процесс демократизации государства. Четвёртый этап знаменует собой кульминацию развития государства – создание социального государства «всеобщего благо-

³¹⁵ Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 16-03-00291 «Юридикация как проблема правового регулирования».

денствия». В таком государстве жизнь граждан максимально регламентирована правом³¹⁹.

Юридикация является объектом исследования многих ведущих социологов права и философов, так как это общая тенденция для большинства стран. Свое объяснение этому явлению дает немецкий ученый Г. Тойбнер, который рассматривает феномен увеличения правовых актов и расширения сферы правового регулирования, возвращением материального права. Материальное право это классификация Макса Вебера, который классифицировал правовые системы на группы по критериям формальности и материальности, а так же рациональности и иррациональности. По мнению Вебера, развитие европейского права идет по пути его рационализации и формализации.

Г. Тойбнер считает, напротив, в социальном государстве XX века право снова становится не формальным а материальным, то есть основанным на целесообразности и на иных вне политических принципах. Таким образом, по мнению Г. Тойбнера, следует рассматривать юридикацию «как процесс, в ходе которого интервенционистское государство производит новый тип права, а именно регулятивное право»³²⁰.

Иное понимание проблемы юридикации у сторонников теории «аутопоэсиса» в праве. Категория «аутопоэсис» изначально использовалась в биологии для характеристики живых организмов поддерживать свою автономию через собственные операции³²¹. Указанный термин получил широкое распространение в социологии через работы Н. Лумана, который использовал его для характеристики социальных систем. Право, по Луману, это коммуникативная система, так как и общество в целом это закрытая система коммуникаций. Понимание общества как коммуникативной системы обусловлено тем, что использование категории аутопоэсиса для характеристики социума возможно лишь в том случае, когда в качестве элементов общества используются коммуникативные акты. Концепция Н. Лумана основана на понимании процессов развития общества Т. Парсонсом. Т. Парсонс понимал развитие общества как рост его сложности и выделение новых специализированных подсистем. Именно Парсонс стал сравнивать общественные и биологические системы. Никлас Луман развивает идеи Парсонса о диффе-

³¹⁶ Денисенко В.В. Юридикация общества как научная проблема современной правотворческой техники // Юридическая техника . 2012. № 6. С.159-162.

³¹⁷ Бусова Н.А. Модернизация, рациональность и право. Харьков, 2004. С.239.

³¹⁸ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. Frankfurt am Main, 1997. S.488.

³¹⁹ Habermas J. The Theory of Communicative Action. Vol.2. P.357.

³²⁰ Teubner G. Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions // Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and welfare law, edited by Gunther Teubner. Berlin and New York, 1987. P. 18.

³²¹ Авторами категории «аутопоэсис» являются чилийские нейрофизиологи Ф.Варела и У.Матурано.

ренциации общественных систем и разрабатывает концепцию, согласно которой в современном обществе право, экономика политика и ряд других функциональных сфер жизни являются автономными друг от друга. В рамках каждой системы, например, правовой или экономической, в результате исторического развития происходит формирование особых типов коммуникаций. Это связано с тем, что каждая система имеет свой так называемый бинарный код для обработки информации. Например, для права таким кодом будет «законно/незаконно», для науки «истинно/ложно». Помимо кода в рамках каждой системы существуют программы, которые влияют на способность приспособления системы к окружающей среде³²². Правовая система использует в качестве программы нормативные акты и иные источники, которые содержат условия применения бинарного кода. На основании предложенной концепции общества Луман и его последователи указывают на то, что функциональные системы не могут заменять друг друга или выполнять функции других систем. Это связано с тем, что различные коды и программы систем могут действовать только в рамках своей системы. Дело в том, что любая система для обработки информации из окружающей среды использует свой бинарный код и при взаимодействии с другой системой происходит искажение информации. Поэтому невозможно предсказать воздействие другой одной системы на другие, так как для правовой системы воздействие политических регуляторов будет внешним воздействием, «шумом» окружающей среды. Теория аутопоэсиса в праве объясняет причину кризиса правового регулирования невозможностью в современном обществе регуляторами одной системы регулировать другие. Современное социальное государство детально регламентирует все сферы общества, но единственный регулятор, который оно может использовать это право, поэтому происходит его неизбежное разрастание. Между тем, увеличение позитивного права, регламентирование им экономики и иных частных отношений приводит зачастую к потере его эффективности. Право в условиях государства «всеобщего благоденствия» перегружено политическими регуляторами, что вызывает трудности в переводе с кода одной системы на другой³²³.

Таким образом, можно сделать вывод, что юридикация это естественный процесс, сопровождающий развитие общества в настоящий исторический период. Несмотря на различные трактовки причин этого явления, большинство исследователей сходятся на неизбежной природе юридикации. Исключение составляют лишь представители экономического либертаризма, которые призывают к дерегуляции общества и возвращению к формальному праву³²⁴.

³²² Luhmann N. Sociological Theory of Law. London, Routledge&Kegan Paul, 1985. P.165.

³²³ Luhmann N. Sociological Theory of Law. London, Routledge&Kegan Paul, 1985. P.165.

³²⁴ Хайек Ф. Дорога к рабству. Вопросы философии. 1990. № 12.

Однако дерегуляция в условиях выполнения государством социальной функции кажется сомнительной и неизбежно приводит к социальному взрыву напряженности. Поэтому, встает вопрос о новом подходе к правовому регулированию и обеспечении легитимности законов, в связи с расширением предмета правового регулирования и увеличением объема нормативного материала. Юридикация выполняя социальную функцию в современном государстве приводит одновременно и к ряду недостатков. Главной проблемой государства «всеобщего благоденствия» является экспансия публично-правовых начал на территорию диспозитивности, то есть сужение предоставленных ранее свобод поступать по своему усмотрению. Таким образом, юридикация, направленная на расширение гарантий прав и свобод, по факту их может начать их ограничивать. М.Уолцер писал: «Наиболее впечатляющая черта современного управления социальной сферой – это невероятное разнообразие используемых им средств принуждения и сдерживания. Каждая недавно признанная потребность, каждая введенная служба порождает новую зависимость и новые социальные узы... Никогда прежде рядовые граждане не были столь хорошо известны публичным властям, как в государстве «всеобщего благоденствия». Мы все сосчитаны, пронумерованы, классифицированы, внесены в каталоги, избирательные списки, досье, опрошены и находимся под непрерывным наблюдением»³²⁵.

Наиболее обстоятельно проблемы юридикации раскрыл в зарубежной философии права Юрген Хабермас в работе «Теория коммуникативного действия», которая заложила основы нового понимания действий субъекта в процессе модернизации общества. Негативные моменты модернизации, которые в частности и проявляются в юридикации, связаны с преобладанием целерациональных действий над коммуникативными, следствием вторжения «системы в жизненный мир»³²⁶, но преодоление общественных патологий возможно при помощи позитивного права. По мнению Ю.Хабермаса, понимание М. Вебером процесса модернизации общества носит односторонний характер, на самом деле развитие общества связано не только с распространением целерационального (инструментального) поведения, но и с развитием процесса рационального взаимопонимания между субъектами, который Хабермас обозначает «коммуникативное действие». С точки зрения теории коммуникативной рациональности право должно рассматриваться не только как инструмент или механизм достижения цели, но как процедура достижения взаимопонимания между субъектами, процесс поддержания коммуникативных связей, достижения кон-

³²⁵ Бусова, Н.А. Модернизация, рациональность и право. Харьков: Прометей-Прес, 2004. С.246.

³²⁶ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. Frankfurt am Main, 1997. S.488.

сенсуса³²⁷. Как указывает Ю.Хабермас в ряде своих работ, и, прежде всего, в главной работе посвященной праву – «Фактичность и значимость» (*Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of law and democracy*), позитивное право должно сочетать в себе одновременно два указанных в заглавии книги качества³²⁸, фактичность – это аспект, связанный с принудительным характером правовых норм. Значимость – это моральная обоснованность права, человек должен исполнять закон в случае легитимности правовых норм. Если позитивное право сводится лишь к «фактичности» в сфере коммуникативных взаимодействий, то такое целерациональное, инструментальное воздействие неизбежно приводит к таким негативным последствиям, как потеря легитимности, формализм права. Социальные нормы в сфере, не регулируемой правом, действуют на основе «значимости», то есть легитимности, обоснованной моральными ценностями. Поэтому, право должно не заменять принудительностью легитимность, а поддерживать коммуникативные общественные связи, что необходимо для предотвращения патологии общественного развития. В частности, должны использоваться процедуры посредничества или медиации и иные средства направленные на участие в принятии решения в процессе применения права самих граждан, а не профессионалов. Этим обеспечивается легитимность в правовой системе общества Модерна.

Доминирование позитивного права над иными социальными нормами усиливается и по причине выполнения современным государством социальных функций, которые реализуются юридическими средствами. Преобладание права над другими социальными нормами при регулировании общественных отношений и приводит к юридикации общества.

Между тем право как основной регулятор современного общества в условиях дальнейшей социальной дифференциации отдалается от иных общественных регуляторов и становится самостоятельной системой. Отдаление позитивного права от иных социальных норм приводит к его формальности и целому ряду негативных явлений, которые препятствуют общественному развитию. Негативные последствия разделения социальных регуляторов проявляются в кризисе легитимности, отчуждении граждан от политико-правовых институтов, избытке правовых норм при одновременном уменьшении их эффективности. Преодолеть указанные социальные патологии современности (термин Ю.Хабермаса), государственная власть стремится путем идеологического воздействия и экономической политики. Между тем, в условиях современного об-

³²⁷ Юрген Хабермас раскрывает эти проблемы в работе «Фактичность и значимость» / Habermas J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of law and democracy*. Cambridge. 1996.

³²⁸ Прежде всего, в своей главной философско-правовой работе «Фактичность и значимость» // Habermas J. *Between Facts and Norm*. Cambridge: 1996. P.154.

щества этого явно недостаточно, так как многие социальные противоречия возникают в настоящее время не по экономическим причинам, а под воздействием иных социальных факторов. Идеология же так же не может преодолеть негативные моменты, связанные с общественным развитием, так как современное общество не обладает единством в понимании ценностей, этот феномен Ж.Ф.Лиотар назвал «недоверием к метанаррациям». В традиционном обществе смысл окружающему миру придавало религиозное понимание мира, которое разделялось всеми субъектами. В процессе общественного развития происходит рационализация общества, религиозные нормы теряют былое значение и в конечном итоге формируется общество с гражданами, придерживающихся различных ценностей, поэтому политика лишь на основе идеологии (например, «национальной идеи») не сможет достичь своей цели. Для эффективного преодоления негативных аспектов общественного развития отечественным правоведом необходимо уйти от целерационального подхода к правовому регулированию, когда граждане рассматриваются по сути как объекты, на которые воздействует государственная власть через стимулы и ограничения. Таким образом, можно сделать вывод, что решение современных проблем правового регулирования, возможно лишь с учетом современной теории права, антипозитивистского типа. Речь идет о теории коммуникации основанной на базовой идее взаимного признания³²⁹.

Е.М. Крупеня

**Право публичных статусов гражданина
(статусное публичное право):
интегративное понимание**

Своевременность описания и объяснение данной темы связана с потребностью российской правовой науки в новых доктринальных подходах к анализу статусов гражданина как автономного субъекта публичного права, отражающих современный уровень знаний в области правоведения в единстве с достижениями социогуманитарной сферы научной рациональности.

Трансформирующаяся правовая система Российской Федерации под влиянием широких социальных обобщений³³⁰ и концептуального мышления,

³²⁹ Беляев М.А. Взаимное признание и формальное равенство // Вестник ВГУ. Серия философия. 2014. № 3. С. 3-9.

³³⁰ Об этом рассуждают, например: Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития права. Государственный университет – Высшая школа экономики, ИГП РАН. М., 2010. С. 82–120; Честнов И.Л. Переосмысление предмета теории права с позиций постклассической эпистемологии // Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений. Коллективная монография / Отв. ред. А.А. Дорская. СПб., Астерион, 2012. С.66; Он же. Постклассическая теория права. СПб.,

меняющего и методологию, и онтологию объектов теоретической юриспруденции - отрасли социального и гуманитарного знания³³¹, а также проявлений юридической практики нуждается в переосмыслении основных понятий и категорий общей теории государства и права, сформировавшихся под влиянием догмы³³² позитивного права. К их числу относится и категория «правовой статус гражданина».

Качественная неоднородность публично-правовой практики, сложившейся как результат суммарной активной правомерной деятельности граждан по реализации публичных статусов, проблематизирует противоречивое единство следующих факторов.

С одной стороны, система статусов гражданина национальном правопорядке детерминирована объективно спецификой культурно-исторического развития общества и формируемого ею института социально-значимых функций гражданина государства и члена гражданского общества. Одновременно реальный правопорядок поставлен в зависимость от сложного механизма саморегуляции каждого отдельного обладателя публичного статуса, от уровня его общей и правовой культуры, состояния правовой идеологии и психологии, функций правосознания, а так же влияний со стороны тех компонентов субъективной реальности личности гражданина, которые остаются вне его индивидуальной рефлексии. Именно сущностные характеристики правосознания детерминируют, казалось бы, ничем больше не объяснимые различия при реализации статусов в разных обществах, в характеристиках общественной и индивидуальной правовой культуры.

Современные теоретико-правовые разработки статусов гражданина как автономного субъекта публичного права актуализирует исследовательская установка о том, что личность гражданина выступает центральным звеном и основной движущей силой, обеспечивающей динамику и функциональную достаточность публичного права в соответствии с конституционным идеалом, а

Издательский дом «АЛЕФ-ПРЕСС». 2012; авторы коллективной монографии по итогам круглого стола № 5 в Московском институте государственного управления и права «Методологические проблемы современной юридической науки» / Под общ. ред. д.ю.н., профессора Д.А. Пашенцева и д.ю.н., профессора А.Г. Чернявского. М., Издательство «Русайнс», 2015 и др.

³³¹ См., например, Фоменко А.П. Проблема субъекта в философии постмодерна // Ценности и смыслы. 2016. № 2(42). С.8-18; Демин И.В. Исторический опыт и идентичность субъекта в историоофской концепции Ф. Анкерсмита // Ценности и смыслы. 2016. № 2(42). С.18-30; Молчан Э.М., Гончарова А.А. Диалогическое взаимодействие субъектов: ценностный аспект // Ценности и смыслы. 2016. № 2(42). С.31-35; Додонова Л.П. Проблема представление человека как целого и ее междисциплинарное решение // Ценности и смыслы. 2016. № 2(42). С.36-53.

³³² См.: Михайлов А.М. Формирование и эволюция идей юридической догматики в Романо-германской традиции (XII-XIX в.в.). Автореф...к.ю.н. М., 2012.

также адекватное этому идеалу ценностное наполнение сферы юридической практики.

С реализацией служебных статусов граждан, как субъектов государственной правовой политики, и продвижением ими правовых и этических ценностей в сферу государственного управления связано изменение качества государственного управления, адекватного вызовам, с которыми сталкивается современное российское государство³³³.

Исследование права публичных статусов граждан актуализируется и в контексте решения комплекса вопросов идеологического обеспечения политико-правовых процессов в обществе, касается ли это функционирования таких субъектов публичного права как государство, иных институтов политической системы общества (органов самоуправления, политических партий) или формирования деятельно-ценностных установок граждан в их повседневной общественной жизни.

Актуальность исследования поддерживается еще и тем, что итоги ее разработки способны создать необходимую методологическую основу решения не только перспективных в теоретическом плане, но и практически значимых проблем: выявление средств оптимизации функций статусного публичного права и минимизации его дисфункций на разных онтологических уровнях.

* * * *

По мнению автора, статусное публичное право представляет собой нормативно-ценностный комплекс, т.е. социально-правовое явление со сложной онтологией, которое существует одновременно на двух онтологических уровнях: нормативном и правореализационном.

Поскольку статус гражданина как автономного субъекта публичного права есть нормативно выраженный и устоявшийся порядок социальных коммуникаций, который сформировался в области управленческой деятельности государства и общества, постольку оба онтологических уровня статусного публичного права нацелены на поддержание институциональной и функциональной достаточности государства, его престижа, а также на поддержание функционала иных институтов политической системы общества. Причем принципиально важно иметь виду, что функционал властных институтов в государстве и гражданском обществе поддерживается на основе фундаментальных публично-правовых ценностей, субъектами внедрения которых в правовую практику является только личность гражданина.

Статусное публичное право характеризуется различными состояниями: статическим и динамическим³³⁴. Статика статусного публичного права прояв-

³³³ Подробнее: Выступление Президента РФ В.В. Путина на заседании Совета по науке и образованию при Президенте РФ 24.06.2015 г. [Официальный сайт] // Режим доступа: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/49755> / (Дата обращения: 25.06.2015 г.).

³³⁴ См.: Институт публичных статусов человека в контексте взаимодействия международного

ляется на нормативном уровне системной организацией правовых норм, которые содержательно выражают совокупность общегражданской и специальной (компетентностной, служебной) правосубъектности гражданина, как автономного субъекта государственной и иной общественной власти. Опираясь на теоретико-правовые представления об основаниях обособления правовых норм в институты, можно обоснованно утверждать, что статусное публичное право по своей юридической природе является микросистемой национального права, обособление которого осуществляется по критерию объекта правового регулирования³³⁵.

Выделить статусное публичное право в системе национального права позволяет, во-первых, то, что оно обусловлено изменением общественных отношений, в том числе, отношений между обладателями все более специализированных социальных ролей (функций) члена гражданского общества и гражданина в государстве; во-вторых, нелинейное развитие общественных отношений обуславливает развитие материи статусного публичного права по направлению дифференциации отдельных сфер и одновременно интеграции, поэтому общегражданские и компетенционные статусы находятся в тесной взаимосвязи, оказывая друг на друга непосредственное влияние.

Субстанционально статус гражданина как автономного субъекта публичного права в зависимости от избранного подхода можно представить разнообразно, однако центральным и базовыми среди них будет тот, что детерминирован правовой природой гражданина как правового существа и обладателя человеческих прав - их первичными, изначальными свойствами выступают те, что обусловлены принадлежностью человеку. Права человека представляют собой такие существующие у человека (гражданина) возможности осуществления собственных интересов, которые являются неоспоримыми, неотчуждаемыми и могут быть реализованы, в случае существования на то его воли, приложением усилий, на которые носитель определенного объема правовых свойств и качеств в действительности способен³³⁶.

Права человека, как нравственное политико-правовое явление, существенно корректируют представление о статусном публичном праве: с одной стороны выражает притязания личности на достойное существование в пуб-

и конституционного права: статический и динамический аспекты // Международное и конституционное право: проблемы взаимодействия: коллективная монография / под ред. А.А. Дорской, С.В. Бочкарева. СПб.: Издательский дом «АЛЕФ-Пресс», 2016. С.116-136.

³³⁵ Подробнее см: Онтология статусного публичного права (в контексте содержания понятий «система права» и «правовая система» // Система права в классическом и постклассическом измерениях: коллективная монография по итогам круглого стола № 6 / под общ. ред. д.ю.н, профессора А.Г. Чернявского и д.ю.н, профессора И.Л. Честнова. М.: Издательство «Русайнс», 2016. С.63-82.

³³⁶ См.: Войде Е.Г. Способы реализации прав человека. Дис. ... канд. юр. наук. М., 2015.

личной сфере – притязание на признание в качестве субъекта власти, уважение и участие в решении общих дел; с другой – это самообязывание лица уважать права и свободы других (всех членов общества, институтов и государства), выполнять обязанности по поддержанию существующего правопорядка и с целью формирования правопорядка органического типа. Характерные черты всей системы прав человека придают качественную определенность статусному публичному праву посредством группы политических прав.

Принимая во внимание концептуальную идею о том, что правовые нормы публичных статусов имеют лишь перформативный (программно-ориентирующий) характер и дополняя данное положение тем, что действенность права детерминирована социально-психологически становится очевидным и правореализационный онтологический уровень статусного публичного права. Он является динамичной формой осуществления публичных (общегражданских и специальных) статусов гражданина и в качестве значимого элемента формирует правопорядок органического типа.

Реализация статусного публичного права как инструмент его действительности позволяет отразить различные аспекты публично-правовой практики, сохраняя при этом общие установки персоноцентризма, его субъектно-личностные ориентации. При этом функциональная достаточность статусного публичного права проявляется в том, что оно оказывает информационное, ценностное, стимулирующее и ограничительное воздействие.

Проблема реализации статусного публичного права актуализируется, прежде всего, на основе достижений прагматики в социогуманитарной науке, редуцирующей все социальные процессы и явления к актам социальной активности. В рамках теоретико-правового анализа реализации статусного публичного права, осуществленного в логике субъектоцентризма, а также на основе анализа нормативных источников аргументированно можно утверждать, что для реализации статусного публичного свойственны простые правовые формы.

Принимая во внимание достижения в области инструментализма, стоит отметить, что для понимания феномена статусного публичного права стоит сконцентрировать внимание на акте юридически значимого человеческого поведения со свойственным ему целеполаганием, мотивацией, заинтересованностью и другими чертами.

Психолого-правовым инструментом, дающим «старт» механизму осуществления статусного публичного права, является публично-правовая активность граждан. По мнению автора публично-правовая активность – это свойство субъектов действовать энергично, целенаправленно и избирательно в рамках имеющихся субъективных прав и юридических обязанностей в целях обеспечения и защиты прав и свобод человека, иных правовых ценностей, а также в целях формирования собственной личности, своих взглядов и установок. Ин-

тенсивность проявления публично-правовой активности может варьировать от высокой («борьбы») до низкой степени (осуществление прав, исполнение обязанностей).

В механизме социального действия статусного публичного права публично-правовая активность гражданина функционально нагружена и выполняет такие функции как нонконформизм, управление и регуляции. Благодаря системному воплощению функций на уровне социальных отношений проявляется ценность публично-правовой активности. Она состоит в том, что публично-правовая активность гражданина трансформирует нормативный уровень публичных статусов в эмпирический уровень, связывает их на основе ценностей права и прав человека. Гарантией публично-правовой активности субъектов публичных статусов, соответственно, и гарантией действенности (эффективности) статусного публичного права является совокупность общесоциальных условий в их взаимосвязи со специально-юридическими средствами.

Основываясь на теоретическом положении о производности поведенческого акта по отношению к субъективной реальности личности гражданина, и принимая во внимание достижения психологизма, становится понятным, что конструирование образа акта публично-правовой активности субъектом публичного статуса осуществляется посредством правосознания, которому свойственны индивидуальность, уникальность, специфичность и оригинальность и одновременно социокультурная обусловленность.

Правосознание субъекта статусного публичного права как системное образование, элементы которого характеризуются разной степенью психической активности, и явление духовно-нравственного порядка продуцирует творческое начало в механизме перевода (либо нет) ценностных (метафизических) характеристик публичных статусов в практическую область в процессе правореализации. С другой стороны, правосознание обеспечивает необходимой витальной энергией механизмы интериоризации политико-правовых ценностей, которые вне субъективной реальности гражданина теряют возможность быть воплощенными в деятельности субъектов статусного публичного права. Для того, чтобы породить новое правовое государства и качество институтов политической системы как субъектов публичного права, степень активности правосознания гражданина должна быть достаточно велика. Это образует самое глубокое основание качественного «скачка» и определяет направление дальнейшей эволюционной динамики государственно-правовой жизни общества и всей сферы публичного права; дополнительным детерминантом активности сознания субъекта статусного публичного права выступают права человека как ценностное ядро статусного публичного права; в механизме социально-психологического действия статусного публичного

права на уровне саморегуляции правосознание функционально нагружено и выполняет такие функции как регулирующая, познавательная, аксиологическая, идентификационная, мировоззренческая, социально-преобразующая.

В процессе исследования статусного публично права определенной эвристической привлекательностью обладает культурно-исторический подход, который позволяет объект исследования анализировать не только абстрактно, но и в контексте особенностей конкретного общества и специфики правосознания его членов.

Обоснованно можно констатировать, что на стадии самореализации статусного публичного права в контексте российского общественного правосознания доминирует правовой менталитет (коллективное бессознательное). По мнению автора правовой менталитет, как культурно и исторически обусловленная специфика национального мышления, глубинный уровень относительно устойчивой совокупности установок и предрасположенностей воспринимать государственно-правовую реальность и собственный публичный статус определенным образом, составляет своеобразный фон, который сказывается в первую очередь на обыденном уровне правосознания субъекта статусного права. Он оказывает мощное влияние на психические реакции, готовность воспринимать, интеллектуально обрабатывать, положительно или отрицательно оценивать те или иные факты и обстоятельства, принимать юридически значимые решения. Отсюда ясно, почему нельзя ожидать быстрых изменений в стереотипах мышления и поведения субъектов публичных отношений.

Правовой менталитет функционально нагружен. Благодаря правовому менталитету гражданин способен быстро забывать то, что не считает нужным помнить, вытеснять из сферы сознания мотивации, утратившие актуальность сведений, автоматизировать ранее сознательные действия до состояния неосознаваемых, формируя навыки, одновременно правовой менталитет эффективно защищает сознание субъекта статусного публичного права от перегрузок, излишнего напряжения, способного вывести его из устойчивого психологического состояния.

Структура правового менталитета как явления сложноорганизованного, объединяющего устойчивые, привычные образы, формы стиля юридического мышления, правовые архетипы и представления политико-правового свойства довольно сложная. Политико-правовые представления по отношению к сознанию субъекта публичного статуса выступают как априорное знание. Коллективное бессознательное, таким образом, обретает черты непреодолимости, а политико-правовая реальность и публичный правопорядок, как результат суммарных действий субъектов под влиянием национального менталитета, получают неисчерпаемый источник своего воспроизведения в исторической перспективе.

Очевидны детерминации между содержательными особенностями, обусловленными спецификой правовой культуры, указывающей на этатистскую, этико-, тео- и системоцентристскую ориентацию в государственном и политическом управлении и тем, что проблемами реализации конституционного идеала российского государства в политической системе гражданского типа на практике, который сдерживается укоренившихся в глубинах коллективного бессознательного российского народа державнической доминантой политико-правовых представлений, утверждающей культ государственной власти и приоритет коммунальных ценностей на основе традиции системоцентризма, что активизируют массовый правовой нигилизм и одновременно блокируют надлежащее регулятивное воздействие статусного публичного права.

Автор убеждён в необходимости учитывать такие свойства субъекта публичного статуса - правового существа как творческие начала, способность к саморазвитию и, следовательно, к изменению в новых исторических условиях, руководствуясь при этом общими установками социолого-антропологической парадигмы и особенностями функционирования правосознания. По мнению диссертанта, следует говорить не о непреодолимости влияния коллективного бессознательного (правового менталитета), а о минимизации бессознательного за счет усиления сознательного элемента, прежде всего, благодаря правовой идеологии. Это позволит избежать известных манипуляций сознанием граждан и сформировать собственную гражданскую позицию в условиях, при которых институциональная среда политической системы российского общества пока не создает необходимых условий для появления того типа личности гражданина, которых требует правовая культура как таковая. Автор приходит к заключению, что исследование влияния правового менталитета на процессы реализации публичных статусов гражданина актуализирует проблему и одновременно открывает определённые перспективы в анализе регулятивной функции публично-правовой активности субъектов правотворчества в процессе нормирования общественных отношений (активность субъектов законотворчества, ведомственного нормотворчества, договорного правотворчества, локального, санкционированного правотворчества).

Поэтому в настоящий период развития российского общества и государства необходимо такую задачу как формирование правовой культуры и публично-правовой активности субъекта статусного публичного права проблематизировать именно в качестве государственной. Ее решение требует длительного времени, необходимого для изменения институциональной среды российского общества и минимизации действенности ненормативных традиционных регуляторов. Признавая значимость традиционных ценностей для истории развития общества и государства, автор отстаивает положение о том, что традиционализм становится

отрицательным явлением, когда мешает формированию адекватных вызовам современного мира механизмов адаптации граждан и общества.

Наиболее ценными качествами субъекта статусного публичного права, становятся самостоятельность в делах и независимость во взглядах, способность к рефлексии и рациональность в восприятии патернализма, критичность и реалистичное отношение к действительности, инициатива и ответственность, динамика и мобильность, креативность мышления. Культивировать эти качества в субъектах публичных статусов – стратегическая задача государственной власти в России. Адекватный ответ государства и общества на исторический вызов глобального мира поставлен в зависимости от стиля правового и юридического мышления субъекта публичного статуса, его ценностных ориентаций, а жизнеспособность политических структур гражданского общества и правового, демократического и социального государства зависят от творческих способностей и качества субъекта не только компетенционной, но и креативностной (культура-новация) культуры мышления.

Основными факторами, определяющими вектор развития публичного права в российском обществе, являются: 1) гражданин как автономный субъект публичного права, сознательно осваивающий ценности права и прав человека, который посредством актов публично-правовой активности принимает участие в устроении общественных и государственных дел; 2) всемерное сохранение и бережное отношение к специфическим российским культурным ценностям и одновременно, благодаря механизмам правовой аккультурации, утверждение культуры-новации; 3) гражданственность субъекта публичного статуса, который в сотрудничестве с государством, институтами гражданского общества позиционируется как основной ресурс развития российского государства и его авторитетного присутствия на международной арене в процессе решения задач, обостренных планетарными интеграционными процессами.

Другой момент – новаторский. Он связан непосредственно с самой личностью гражданина, от интеллектуальных, эмоциональных и физических усилий которой в зависимость поставлена реализация норм позитивного права, функционирование институтов, выполнение социальных функций (ролей) как в масштабе всего общества, так и в масштабе государства. Речь идет трансформации правовых возможностей в системе позитивного права, «переходе» от статического состояния до действительной реализации в составе конкретного конституционно-правового правоотношения субъектом избирательного процесса.

Вышеизложенное до крайности актуализирует проблему патриотического воспитания молодого поколения и патриотического поведения граждан, как в жизни гражданского общества, так и в служебной деятельности государственных и муниципальных служащих.

Острота, которую в рамках повседневного общения приобрела общественно-политическая дискуссия о патриотизме и патриотах³³⁷ в современной России, дает необходимые эмпирические основания для того, чтобы осмыслить патриотизм, интегрировав данное государственно-правовое явление в систему идеальных объектов теоретической юриспруденции, которые анализировались в рамках настоящего издания монографии: публично-правовая активность граждан, их правовая культура и правовое сознание и др.

Патриотизм в собственном значении этого понятия³³⁸ анализировать с использованием исключительно средств юридической догматики едва ли возможно. Во-первых, потому, что патриотизм имеет психологическую природу. Он укоренен в области правосознания, а точнее в области его обыденного сегмента - эмоций. Правовая психология, как «зона присутствия» патриотизма, наиболее подвижный элемент правосознания гражданина, является в большей степени динамичной, чем идеология. Именно в правовой психологии вырабатывается и сохраняется устойчивое отношение к Отечеству и государству - части правовой реальности - при непосредственном столкновении с ней.

Поэтому расширить исследовательскую перспективу патриотизма можно за счет познавательных средств психологизма³³⁹, который обогащает научную информацию о природе, сущности, формах правосознания гражданина как субъекта права.

Во-вторых, патриотизм, как и все психические переживания, сугубо индивидуален и окрашен в тона уникальности и неповторимости человеческой личности. По меткому замечанию А. Шопенгауэра, еще никому за пределы своей индивидуальности выпрыгнуть не удавалось, ибо «индивидуальность сопутствует ему (человеку) всегда и повсюду и ею окрашивается и оттеняется все, что он переживает»³⁴⁰. Принимая во внимание данное утверждение, отметим, что психологизм в процессе теоретико-правового осмысления патриотизма в

³³⁷ В общественно-политическом дискурсе термин «патриотизм» используется в разных значениях и тональности: от «патриотизм» как последнее прибежище лицемерного негодяя (сторонники такой оценки, как правило, апеллируют к известному выражению Л. Толстого, который в свое время прокомментировал высказанные знаменитого англичанина Самуэля Джонсона), до наивысшего нравственного критерия благородства гражданина, которое подтверждается его деятельностью во благо Отчества.

³³⁸ Патриотизм – это любовь к Родине, преданность своему отечеству, которые включают в себя борьбу за социальный прогресс, который несовместим с национализмом и космополитизмом, однако неразрывно связан со стремлением к миру и безопасности / Академический словарь [официальный сайт] // http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/4658/%D0%9F%D0%90%D0%A2%D0%A0%D0%98%D0%9E%D0%A2%D0%98%D0%97%D0%9C (Дата обращения: 08.08.2016 г.).

³³⁹ Философия социальных и гуманитарных наук / Под общ. ред профессора С.А. Лебедева. М.: Академический проект, 2006. С.76.

³⁴⁰ Шопенгауэр А. О том, каков человек сам по себе // Афоризмы для усвоения житейской мудрости. М., 2007. С.17.

системе правомерного поведения субъектов публичных статусов может быть дополнен ресурсами персонцентризма³⁴¹.

Анализ понятия «патриотизм» дает основания считать, что как социальное явление он раскрывается в контексте особого рода отношения между человеком и его Отечеством, частью историко-культурного наследия которого является и государство³⁴². В этой связи не сложно понять причину, по которой чувство глубокой привязанности и любви к родине (отечеству) распространяется и на государство. Например, И.А. Ильин – он теме патриотизма уделял отдельное и всегда пристальное внимание, увязывал понятие Родины с государством. Иметь Родину значило для И.А. Ильина иметь « особый, самостоятельный естественно-правовой союз, не совпадающий со всемирной, общечеловеческой общиной, и отдавать ему преимущество в деле любви и служения»³⁴³.

Однако в социально-правовой реальности государство и как часть социокультурного наследия страны, и главным образом, как правовая организация публичной власти в обществе действует через своих агентов. Ими являются многочисленные граждане с особым публичным статусом (специальным, компетенционным). Именно они, выступая от имени государства, являются носителями государственной власти персонально, либо в рамках организационных структур и одновременно выступают стороной в публичных правоотношениях с гражданами.

Проявлять патриотизм - сильные положительные эмоции, требующие напряжения всех нравственных и физических сил человека и предполагающих затрату большого количества витальной энергии, к конкретным, порой одиозным субъектам, которые являются обладателями публичных правовых статусов, граждане готовы далеко не всегда. Более того, бюрократия, как человеческий субстрат государства, чаще выступает объектом нелицеприятной критики и активного неприятия, нежели любви со стороны граждан.

Разделяя максимум, приписываемую Н.М. Карамзину о том, что патриотизм - это есть восхваление всего самого лучшего и беспощадная критика всего самого худшего в своей стране и государстве, отметим следующее.

Патриотизм, как представляется, следует интегрировать в социально-психологический механизм реализации публичного статуса гражданина в каче-

³⁴¹ Детальнее автор высказался в работе: Актуальные вопросы научной стратегии в исследовании статусного публичного права // Методологические проблемы современной юридической науки // Коллективная монография по итогам круглого стола № 5 в Московском институте государственного управления и права / Под общ. ред. д.ю.н., профессора Д.А. Пашенцева и д.ю.н., профессора А.Г.Чернявского. М., «Русайнс», 2015. С.239-287.

³⁴² Подробнее об этом в работе автора: Культурно-историческое наследие в семиотико-правовом измерении (на примере государственных символов субъекта Российской Федерации) // Правовая инициатива. 2015. № 2.

³⁴³ Ильин И.А. О сущности правосознания // Ильин И.А.. Собрание сочинений. В 10 т. Т.4. М., 1994. С.242.

стве важного содержательного компонента правовой культуры и правового сознания гражданина. Прав был И.А. Ильин, который справедливо утверждал, что умеет любить свою родину тот, кто хоть раз испытал, что вселенная может быть отечеством мудреца. Кто способен почувствовать, что Шекспир и Бетховен *наши, общие, всемирные*. Кто способен понять, почему русский крестьянин уверен, что Христос был русским. «Истинный патриот любит в своем отечестве то, что должны любить и будут любить, когда узнают - и все другие народы; но за то и он любит у других народов то, что составляет истинный источник их величия и силы»³⁴⁴.

Именно под влиянием правовой культуры, в основе которой развитие правосознание, формируется установка для совершения актов правомерного поведения, нацеленного на реализацию общегражданского и специальных публичных статусов. Установка к правомерному поведению «включаются» в сложный механизм саморегуляции по активированию источника витальной энергии, поддерживающий правовую мотивацию гражданина.

Правовым мотивом, сформированным под влиянием высокого уровня правовой культуры и позитивного (правильного) правового сознания, является уважительное отношение к праву с его объективным содержанием и правовым ценностям. Показательно, что в Российской Федерации патриотизм включен в систему фундаментальных правовых ценностей, которые определяют современную стратегию государственной безопасности РФ³⁴⁵ и составляют основу государственности России. Среди них: свобода и независимость, гуманизм, межнациональный мир и согласие, единство культур многонационального народа Российской Федерации, уважение семейных и конфессиональных традиций.

Таким образом, теоретико-правовой анализ патриотизма в механизме правомерного поведения граждан актуализирует проблему правовой культуры и правильного (в терминологии И.А. Ильина) правового сознания, как рядовых граждан, так и субъектов государственной и общественной властей.

В заключении, подводя итог изложенному выше, отметим следующее.

Понимание статусного публичного права (права публичных статусов) как нормативно-ценностного комплексного образования основано на результатах анализа нормативных и доктринальных источников в рамках широкого подхода к публичному праву, объединившего формально-юридический, социально-психологический и культурно - ценностный аспекты. По-другому: оно детерминировано парадигмальными основаниями его исследования.

³⁴⁴ Томсинов В.А. Мыслитель с поющим сердцем. М., Зерцало – М, 2012. С.73.

³⁴⁵ См. подробнее: Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О стратегии национальной безопасности РФ» / [официальный сайт] <http://www.kremlin.ru/events/president/news/51263> (Дата обращения: 03.02.2016 г.).

Самые глубинные мировоззренческие основания теоретико-правовой разработки статусного публичного права сформировались под влиянием теоретико-методологических исследований авторов, внесших свой вклад в разработку интегративного подхода к пониманию сущности права (С. А. Комаров, Г. В. Мальцев, Л.С. Мамут, С. И. Носов, В.П. Малахов, В. В. Ершов и др.).

Философско - правовой сегмент программы научного исследования статусного публичного права дополнен восприятием сущности права в рамках социально - антропологической критической традиции (В.М. Шафиров, И.Л. Честнов и др.).

Основные проблемы в процессе исследования темы разрабатывались с использованием научных достижений исследователей в области философии, социологии, политологии, психологии, культурологии и др.

С.Н. Хорунжий

Правопонимание баланса частных и публичных интересов в современной правовой среде

Слова Ульпиана, ставшие классическими при отграничении частного права от публичного³⁴⁶, положили начало научному дискурсу, который уже давно вышел за рамки римского частного права, стал межотраслевым и междисциплинарным³⁴⁷. Вместе с этим, рожденное древнеримской юридической мыслью деление права на частное и публичное интересно также своими юрико-лингвистическими, а порой и философскими реминисценциями.

Известный фрагмент Дигест (D. 1.1.1.2.) в своём текстуальном продолжении не только содержательно раскрывает указание на «отношение к пользе» («в

³⁴⁶ Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (D. 1.1.1.2.). - Публичное право есть то, которое относится к положению римского государства; частное — которое [относится] к пользе отдельных лиц (Дигесты Юстиниана. М.: Статут, 2002. С. 84).

³⁴⁷ Заметим сразу, что деление права на частное и публичное присутствует не во всех правовых системах мира: такое деление свойственно преимущественно странам континентальной (романо-германской) системы права и не признается странами англосаксонской правовой семьи. Равным образом рассматриваемое деление право также не было признано советской системой права (см., например: Шаевич С.И. К вопросу о делении права на публичное и частное // Советское право. 1927. № 1. С. 10 Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 103; Агарков М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 72). Подробнее об истории становления и развития идеи деления права на частное и публичное в нашей стране и соответствующих дискуссиях – см.: Дорохин С.В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М., 2006. С. 1–46; Яковлев В.Ф., Талапина Э.В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 5–16, Азми Д.И. Система права и её строение: методологические подходы и решения / Д. М. Азми. М., 2014. С. 216–236.

интересах») государства или частного лица, но, что очень важно, указывает на их взаимодополняемость: «существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении» («sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim»). Философской же аллюзией может быть не случайное нахождение рассматриваемых положений в логически выверенной структуре Пандектов – в титуле первом, который посвящен «справедливости и праву».

Современная правовая среда³⁴⁸ с учетом указанного выше исторического правопонимания частного и публичного, а также нормами действующего законодательства позволяет сформировать следующие значимые для целей рассматриваемого нами вопроса моменты: (1) постулирование «полезного» соотношения, а не противопоставления публичного частному и, наоборот, частного – публичному; иными словами – к поиску баланса; (2) необходимость определения телеологического основания для такого деления – требований правового равенства и справедливости. Рассмотрим это подробнее.

Как указывает Конституционный Суд РФ (далее также – Суд), нормы статей 1 (часть 1), 7 (часть 1), 8, 19 (часть 1), 34 (часть 1), 35 (части 1 - 3), 45, 46 (часть 1) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации определяют, что в «демократическом правовом и социальном государстве, каковым является Российская Федерация, правовое регулирование отношений в сфере гражданского оборота должно основываться на принципах равенства всех перед законом и судом, неприкосновенности собственности и свободы договора, соблюдения баланса публичных и частных интересов при определении правового статуса субъектов этих отношений, критериев соразмерности и пропорциональности при установлении условий реализации и возможных ограничений их прав». Соблюдение баланса интересов – ключевое в определении сфер частного и публичного регулирования общественных отношений.

Обратим внимание, что конституционное правоположение *о балансе публичных и частных интересов* Суд выводит из презумпции демократического правового и социального государства. Позиция Суда весьма понятна с учетом сложившихся экономических и правовых реалий, при которых государство выполняет свою социальную функцию в отношении конкретного гражданина (группы граждан), осуществляя тем самым публичную защиту частных интересов такого лица (или группы лиц).

Весьма важным представляется и другой вывод. Соотношение частноправовых и публично-правовых начал правового регулирования в том числе в сфере гражданского (частного) оборота также является основой для соблюдения баланса интересов. Аналогичную позицию высказал Суд в отношении реализации процессуальных прав, указав, что устанавливаемые федеральным законо-

³⁴⁸ Хорунжий С.Н. Доктринальные аспекты правовой среды. Воронеж, 2014. 231 с.

дателем институциональные и процедурные условия их осуществления должны обеспечивать достижение *баланса* публично-правовых и частноправовых интересов. Необходимость соблюдения указанного баланса Конституционный Суд РФ усматривает также и в отраслях публичного права, например, уголовного: «ограничение права на свободу и личную неприкосновенность в связи с необходимостью изоляции лица от общества, применяемой в виде меры пресечения в уголовном процессе, должно обеспечиваться ... соблюдая баланс публичных интересов правосудия, прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства»³⁴⁹. Характерно, что в современных научных работах уголовное право предлагают понимать «не как «публичное», а как «преимущественно публичное право», в котором «органично сочетаются» частные и публичные интересы, и соответственно, частноправовые (диспозитивные) и публично-правовые (императивные) способы правового регулирования»³⁵⁰.

Обратим внимание, что речь не идет о противопоставлении частного публичному, но о преобладании, например, в публичном праве интересов государства и, напротив, интересов частных лиц – в цивилистике. При этом конкретные формы и способы взаимодействия указанных правовых отраслей во многом предопределены экономическими условиями, а также сопряженными с этим элементами государственного (муниципального) управления, выполнением государством своей социальной функции.

Таким образом, конституционной основой в установлении критериев соотношения частноправовых и публично-правовых начал является основанный на конституционно-значимых ценностях правовой интерес. Прообразы единства публичных и частных интересов можно обнаружить в идеологических постулатах³⁵¹ преамбулы к Конституции РФ: «Мы...соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государственное единство». При этом Основной закон использует как словосочетание «законные интересы» (ст.ст. 36, 55), так и просто категорию «интерес» (ст. 30). Конституционное признание баланса интересов можно увидеть даже в норме ст. 2 Основного закона, согласно которой «человек, его права и свободы являются высшей ценностью». Указанный баланс состоит в том, что сформулированное в данной статье признание, казалось бы, приоритета частной сферы, обеспечено нормой публичного (конституционного) права и механизмом государственного принуждения. От эф-

³⁴⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2015 № 23-П.

³⁵⁰ Генрих Н.В. Предмет и метод уголовно-правового регулирования: диссертация ... доктора юридических наук. Рязань, 2011. С. 16.

³⁵¹ Хорунжий С.Н. Конституционная идеология как элемент правовой среды // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 10. С. 3–5; Государственный суверенитет и юридическая справедливость судебных решений в институционально-историческом аспекте // Вестник Российской нации. 2013. № 5. С. 233–247.

фективности последнего во многом и будет зависеть степень реализации частного интереса.

В научной литературе в свое время было высказано мнение о единстве проявлений законных интересов, которое состоит в том, что и в частном, и в публичном праве речь идет «о возможности достижения определенных благ и возможности соответствующего поведения»³⁵². Представляется, что разграничение интересов состоит не столько в необходимости их умозрительного рассмотрения с разных точек зрения, сколько в констатации объективных различий, присущих частной и публичной сферам и, следовательно, в создании вполне прагматичных механизмов реализации каждой из них в жизни отдельного гражданина и государства.

В целях гармонизации, согласования, публичных и частных интересов государство может использовать самые разнообразные инструменты и механизмы, начиная от «учета общественного мнения» и деятельности институтов гражданского общества до внедрения в государственную практику институтов лоббизма и проведения консультативных референдумов³⁵³.

Рассматривая «детерминанты», определяющие возможность реализации законного интереса, В. В. Субочев, следуя также позиции Ю. А. Тихомирова, приходит к выводу о существовании конфликта между частным и публичным, выходом из этого является их «диалектическое сосуществование»³⁵⁴. При этом, автор формулируя перед читателем в риторической форме вопрос о том, можно ли в принципе говорить о согласованности частных и публичных интересов, об «их балансе и непротиворечивости», дает исключительно отрицательный ответ.

Позволим себе не согласиться с данными высказываниями по целому ряду причин. Так, сформулированное Конституционным Судом РФ базовое основание о соблюдении баланса частных и публичных интересов весьма примечательно именно с точки зрения единства его основы – принципов справедливости и равенства³⁵⁵. Указанные правовые положения положены в основу всех отраслей права, носят междисциплинарный, общеправовой характер, определяют меры дозволенного и обязанного поведения. Поэтому совершенно не случайно принципы справедливости и равенства отнесены к «конституционно значимым ценностям»³⁵⁶. При этом принципы правового государства и верховен-

³⁵² Субочев В.В. Законные интересы / В.В. Субочев; под ред. А.В. Малько. М., 2008. С. 302.

³⁵³ Хорунжий С.Н. Лоббизм как внеинституциональная структура публичной власти / Права и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика материалы ежегодной Международной научной конференции памяти профессора Феликса Михайловича Рудинского. Под общей редакцией Д.А. Пашенцева. 2016. С. 465–467.

³⁵⁴ Субочев В.В. Законные интересы... С.308–312. Тихомиров Ю.А. Интерес в публичном и частном праве: согласование и противоборство // Интерес в публичном и частном праве. М., 2002. С. 10.

³⁵⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 08.07.2014 № 21-П.

³⁵⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 25.03.2014 № 8-П.

ства Конституции Российской Федерации определяют необходимость баланса конституционно значимых ценностей, публичных и частных интересов, прав и законных интересов участников соответствующих правоотношений на основе требований справедливости и равенства³⁵⁷.

Указанное выше единство использования базовых основ (конституционно значимых ценностей – принципов равенства и справедливости) в различных отраслях права одновременно позволяет говорить о взаимозависимости их содержания, а также от презюмированного в конкретном социально-историческом периоде развития общества и государства баланса частных и публичных интересов.

Поиск оптимальных вариантов соотношения частноправовых и публично-правовых начал приобретает особое значение в сфере защиты прав и законных интересов граждан. В частности, Суд, говоря о безусловном соблюдении баланса конституционно значимых ценностей и охраняемых прав, указывает, что правовое регулирование соответствующей сферы «должно учитывать в том числе нравственные, социальные и иные аспекты...»³⁵⁸; соответствовать принципам «справедливости и пропорциональности»³⁵⁹.

В качестве практического примера поиска баланса интересов рассмотрим ситуацию, связанную с новым порядком исчисления срока исковой давности (по сути – преклюзивного, пресекающего). Так, по мнению Г.А. Гаджиева, введение законодателем публично-правовых мотивов в качестве оснований внесения изменений в действующее законодательство представляет собой вмешательство в конституционно значимое право на свободу договора, которым «затрагиваются основные начала гражданского законодательства, а именно равенство участников регулируемых гражданским правом отношений, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, судебная защита нарушенных прав (пункт 1 статьи 1 ГК РФ), а также принцип диспозитивности, который наиболее интенсивно проявляет себя в сфере договорного права». Принципиально не исключая конституционной возможности введения в частную сферу ограничений в публичных интересах, судья Конституционного Суда РФ, предлагает исходить из оценки пропорциональности введения таких ограничительных мер. Оценка пропорциональности ограничительных мер, по мнению ученого, состоит из трёх этапов: а) определить, «не является ли ограничивающая мера совершенно недопустимым средством, и носит ли преследуемая им цель легитимный характер»; 2) провести «тест на соразмерность, предполагающий оценку необходимости использования того объема ограничения права, который использовал законода-

³⁵⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2016 № 4-О.

³⁵⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 10.02.2016 № 224-О.

³⁵⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.2016 № 5-П.

тель» (возможно ли использовать альтернативные, менее ограничительные меры, которые приведут к искомой легальной цели; 3) «осуществить балансирование между преследуемой целью и правами, подвергающимися ограничениям»³⁶⁰.

Оценивая соразмерность вводимых ограничений и оптимальность принимаемых государством мер, Г.А. Гаджиев говорит о необходимости оптимизация ограничительных мер, а именно о выборе наименьшей из таких мер, позволяющей достигнуть тот же результат: «есть определенная изоморфность между оптимизацией ограничительных мер и принципом оптимальности по Парето»³⁶¹.

Заметим также, что само по себе введение в гражданское право публично-правовых начал не может говорить о неконституционности или нелегитимности таких шагов. Законодатель в силу своих дискреционных полномочий может руководствоваться как идеями государственного патернализма (логика публичного права), так и логикой цивилистического порядка (гражданского права) – равенства и независимости субъектов частноправовых отношений.

Конституционная задача законодателя «объяснить» причину выбора соответствующего варианта руководства (патерналистского или частноправового) и, тем самым, – обеспечить соблюдение баланса интересов и равенства сторон. В одном из постановлений Федерального конституционного Суда ФРГ от 9 декабря 2008 года отмечается, что «отсутствие веского конституционно-правового обоснования (ограничения) не соответствует требованиям общего принципа равенства»³⁶².

Рассмотренные нами некоторые аспекты соотношения частноправовых и публично-правовых начал в их системной взаимосвязи позволяют утверждать, что в основе конституционного соотношения частноправовых и публично-правовых начал современной правовой среды лежат единые для российского законодательства, межотраслевые принципы и конституционно значимые ценности. Последние выступают фундаментом для формирования институтов, элементов и конструкций соответствующих отраслей права, сохраняющих свою самостоятельность посредством обособленности предмета правового регулирования. При этом одни и те же методы правового регулирования, а также соответствующие принципы построения отраслевого законодательства ввиду их определенной универсальности могут быть использованы в самых различных отрас-

³⁶⁰ Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева по делу о проверке конституционности положений части 9 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела 1 части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Е.В. Потоцкого // Собрание законодательства РФ. 2016. № 8. Ст. 1167.

³⁶¹ Там же. См.: Mathews J., Stone Sweet A. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 47. 2008. № 1. P. 72-164, 95.

³⁶² Цит. по: Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева ...

лях права. Дифференциация состоит в степени проявления и частоты использования соответствующего метода правового регулирования применительно к конкретной отрасли права, а также сочетания (приёмов и способов воздействия на общественные отношения). Например, методы диспозитивности (равенства и координации) и методы императивности (запрета, дозволения, обязывания).

Таким образом, в основе современного правопонимания частноправовых и публично-правовых начал должен находиться правовой интерес, основанный на принципиальном балансе единства конституционно-значимых ценностей.

С.Г. Василевич

Контроль и надзор как важнейшие факторы надлежащего правоприменения

В юридической литературе обычно выделяют такие формы реализации права, как соблюдение (имеется в виду воздержание от совершения запрещенных правом действий); исполнение (претворение в реальность правовых норм, налагающих обязанности); использование (осуществление прав уполномоченным субъектом по его усмотрению). Иногда выделяют еще одну форму реализации – правоприменение.

В.В. Лазарев и С.В. Липень соблюдение, исполнение и использование называют формами непосредственной реализации права. Объясняют это тем, что соответствующие субъекты осуществляют нормы самостоятельно. Когда же они обращаются к официальному содействию органов государства, тогда имеем дело с применением. Под ним они понимают деятельность компетентных органов по реализации правовых норм путем вынесения индивидуально-конкретных предписаний³⁶³. Другие авторы оспаривают такой подход, подчеркивая, что «ее соотношение (имеется в виду правоприменение – С.Г.) с понятием реализации права спорно, однако ясно, что она выделяется и получила общее признание по иному критерию, а именно по участию государства как субъекта государственного принуждения, используемого для обеспечения действия правовых норм»³⁶⁴. Действительно, весьма спорно отграничение правоприменения от реализации права. Если использовать для этого критерий участия государства в обеспечении правовых норм, как отмечают указанные выше авторы, то с этим в полной мере нельзя согласиться, так как и при иных формах (соблюдении, исполнении, использовании) государство

³⁶³ Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник для вузов. 3-е изд., испр. и доп. М.: Спарк, 2004. С.363.

³⁶⁴ Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Формула права, 2008. С.26.

предполагается в качестве одного из участников отношений. Согласиться можно лишь с тем, что при правоприменении нормы права реализуются государством достаточно явно. Например, гражданин обращается в государственный орган с заявлением о получении земельного участка или о назначении пенсии (он использует свое право), является в военкомат для призыва на воинскую службу или для постановки на учет (исполняет обязанность, предусмотренную в праве). Для достижения установленных в законодательстве целей необходимо, чтобы государство применило соответствующую норму. Когда мы говорим о применении права, то, действительно, речь идет о явном выстраивании отношений по принципу «власть-подчинение». Несмотря на общепринятый взгляд о том, что применение есть одна из форм реализации права, отметим справедливость сомнений Р. З. Лившица в целесообразности такого разграничения. Он полагал, что реализовать право можно только применяя его. По его справедливому, на наш взгляд, замечанию, применение права – это процесс претворения правовых норм в общественную практику³⁶⁵. Еще ранее в одном из советских учебников подчеркивалось, что «хотя в процессе применения права компетентные органы и должностные лица непосредственно сами реализуют (соблюдают, исполняют и используют) определенные нормы права, регулирующие их деятельность, все же главное его назначение состоит в обеспечении реализации правовых норм другими субъектами - теми, в отношении которых применяется право. Другими словами, правоприменение есть государственно-властный способ организации осуществления норм права»³⁶⁶. Поэтому когда говорим о «правоприменении», то тем самым речь также идет о реализации права (соблюдении, исполнении, использовании), но с позиции государственно-властной организации, о процессе претворения норм права в практику властными субъектами. Причем такими субъектами могут и граждане, общественные формирования. Например, когда они уполномочены на задержание правонарушителя, пресечение его неправомерных действий и т.п.

Одним из важнейших средств реализации правовых норм в жизнь является контрольно-надзорная деятельность.

В литературе некоторые авторы рассматривают государственный контроль и надзор как универсальную функцию государства. В словаре русского языка контроль определяется так: проверка, а также наблюдение с целью проверки; учреждение, ведающее такой проверкой; лица, занимающиеся этим делом, контролеры. Понятие надзора определяется как наблюдение с целью присмотра, проверки; группа лиц, орган для наблюдения за кем-либо, чем-

³⁶⁵ Лившиц Р.З. Теория права. Учебник для вузов. М.: Юнити, 2004. С.129.

³⁶⁶ Проблемы теории государства и права: учебник / Под ред. С. С. Алексеева. М.: Юридическая литература, 1987. С.357-358.

нибудь³⁶⁷. Если обобщить определения этих понятий в словаре, то оба понятия практически отождествляются, однако термины «контроль» и «надзор» в юридической литературе различаются. И в теории, и на практике различаются формы и методы, которые применяются при осуществлении контроля или надзора³⁶⁸.

В юридической литературе довольно часто анализируют понятия «контроль» и «надзор» с целью выявления между ними общего и особенного. Среди таких авторов можно назвать Д.Н. Бахраха, С.М. Зырянова, Л.Л. Попова, М.С. Студеникина и др.

Можно отметить два основных подхода ученых по данному вопросу: для надзора, как считают одни ученые, преобладающим является акцентирование внимание на законности, для контроля – целесообразности (например, экономичности) и законности. При этом отметим, что среди способов обеспечения законности А.Е. Лунев называет 1) контрольно- надзорную деятельность Советов; 2) деятельность органов прокурорского надзора; 3) судебный контроль; 4) арбитражный контроль; 5) партийный контроль; 6) государственный контроль; 7) внутриведомственный контроль; 8) общественный контроль³⁶⁹.

Сущность надзора, по мнению В.П. Беляева, «заключается в обеспечении законности и правопорядка путем выявления и устранения допущенных нарушений закона, а также в их предупреждении. Содержание надзора составляет основанная на законе деятельность специально уполномоченных субъектов, направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений законов в целях обеспечения верховенства закона и единства законности, обеспечения конституционных прав и свобод граждан и охраняемых законом интересов общества и государства»³⁷⁰. Для контроля «характерна та особенность, что он не ограничивается кругом вопросов, связанных с соблюдением обязательных предписаний – законов и других нормативных актов. Органы контроля интересуются не только тем, не нарушил ли субъект управления действующее законодательство, но и тем, насколько правильно, целесообразно и эффективно он использовал все предоставленные ему полномочия. Специфика административного надзора проявляется в ограничении пределов его компетенции проверкой только законности действий конкретного объекта»³⁷¹. Однако нам ближе пози-

³⁶⁷ Ожегов С.И. Словарь русского языка. 4-е изд. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1960. С.285.

³⁶⁸ Братусь Б.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С.76.

³⁶⁹ Лунев А.Е. Обеспечение законности в советском государственном управлении. М., 1963. С.4.

³⁷⁰ Надзор в отличие от контроля не содержит административных функций. Беляев В. П. Контроль и надзор как формы юридической деятельности: вопросы теории и практики. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2006. С.12.

³⁷¹ Студеникина М.С. Государственный контроль в сфере управления. М.: Юридическая литература, 1974. С.18.

ция А.В. Мартынова, полагающего что оценка деятельности поднадзорных субъектов только с точки зрения законности не отражает особенности административного надзора, поскольку аналогично действуют и органы контроля. При осуществлении надзора также могут быть даны обязательные для исполнения в рамках оперативно-хозяйственной деятельности предписания в связи с выявленными нарушениями³⁷².

Показательно определение того, как осуществляют уполномоченные органы контроль или надзор, на примере санитарного надзора, прокурорского надзора или судебного конституционного контроля. Если проанализировать полномочия и предназначение санитарного надзора, то вряд ли его органы при осуществлении своих надзорных полномочий могут ограничиваться только выяснением того, соблюдены ли формально предписания закона. Обязанностью должно быть давать полезные рекомендации для улучшения санитарного состояния на проверяемом объекте. Другое дело, что ответственность может наступать только за нарушение конкретных правовых норм. Как известно, аналогия закона или аналогия права при привлечении к юридической ответственности недопустима.

Белорусский ученый М.Ф. Чудаков отмечает, что, по сути, «контроль заключается, прежде всего, в наблюдении (надзоре) с целью проверки правильности деятельности подконтрольных органов в области государственного управления, поведения граждан; анализе фактического положения дел с целью его сравнения с установленным режимом, нормативными требованиями; оценке собранных данных; проверке исполнения ранее принятых решений либо обязанностей, возложенных на организацию, должностное лицо или гражданина; информировании подконтрольных и иных заинтересованных лиц о полученных результатах. Контроль предусматривает выявление причин явных недостатков, разработку мероприятий по их ликвидации и предупреждению. Он может проводиться в форме проверки, обследования, ревизии, систематического учета, рейда, обзора, отчета, истребования необходимых данных, рассмотрения жалоб, заявлений и др.»³⁷³. Таким образом, профессор М.Ф. Чудаков при определении контроля использует понятие «надзор». М.Ф. Чудаков, будучи также одним из участников подготовки проекта Конституции 1994 года, задается вопросом, почему в ней на Конституционный Суд возложена обязанность по осуществле-

³⁷² Мартынов А.В. Проблемы правового регулирования административного надзора в России: административно-процессуальное исследование. Монография. М.: NOTA BENE, 2010. С.113-114.

³⁷³ Чудаков М.Ф. Конституционный контроль или конституционное правосудие? Конституционный контроль: современные тенденции развития и совершенствования. Материалы Междунар. конф., посвящ. 20-летию Конституционного Суда республики Беларусь (Минск, 27-28 июня 2014 г.) / Конституционный Суд Республики Беларусь; ред. кол.: О.Г. Сергеева [и др.]. Минск: Белорусский Дом печати, 2014. С.230.

нию конституционного контроля, пытается найти ответ, отмечая, что деятельность по контролю «не в полной мере совпадает с тем, чем занимаются судебные органы», что суд должен реагировать на обращение заинтересованных лиц либо органов с.229. В результате своих рассуждений предлагает преобразовать Конституционный Суд в Конституционный Совет по подобию таких советов во Франции и Казахстане. Однако при этом следует вспомнить, что Конституционный Суд по первоначальной редакции Конституции 1994 года обладал правом возбуждения производства по своей инициативе. Поэтому все положения Конституции, включая осуществление конституционного контроля, возбуждение производства по своему усмотрению, были в гармонии. Сейчас Конституционный Суд этого права лишен. По крайней мере, в Конституции такой записи нет. Однако согласно части седьмой ст.116 Конституции компетенция, организация и порядок деятельности Конституционного Суда определяется законом. Поэтому законом могут «развиты» полномочия Конституционного Суда по осуществлению контроля за конституционностью нормативных актов.

Анализ законодательных актов, среди которых можно назвать Кодекс о судоустройстве и статусе судей, закон о конституционном судопроизводстве, декрет Президента от 26 июня 2008 г. № 14, закон «О прокуратуре Республики Беларусь», закон «О местном управлении и самоуправлении», регламенты палат Парламента и другие, позволяет сделать вывод, что, хотя и в более мягком виде, однако Конституционный Суд обладает контрольными полномочиями. Это реализуется как при вынесении решений по конкретным делам, так и при направлении посланий о состоянии конституционной законности.

С учетом изложенного, на наш взгляд, следует отойти от искусственной дифференциации контроля и надзора, имея в виду, что и контроль, и надзор призваны обеспечивать законность, т.е. верховенство закона в широком его понимании, на основе правовой разумности. Вряд ли надзорному органу следует ограничиваться формальной «сверкой»: соблюден закон или нет, необходимо оценивать и разумность правового регулирования. При его отсутствии инициировать внесение соответствующих изменений в акты законодательства. Это же касается и контролирующих органов: оценивая эффективность работы государственного органа или организации, следует изучать разумность правовых предписаний. Такой подход предполагает исключение антагонистического противоречия между законностью и целесообразностью, что обычно в науке противопоставляется: в рамках закона следует искать разумные (правовые) решения.

**Современные подходы к правопониманию
в отечественной и западной юриспруденции**

*«Юристы все еще ищут свое
определение права..» (И. Кант)*

В настоящее время не существует концепций, отражающих какой-либо тип правопонимания в «чистом» виде. До сих пор данный вопрос вызывает множество дискуссий в научном мире. Как отмечает профессор Ю.В. Костин, «вся история развития юриспруденции – это история противоборства различных типов понимания права, т.е. различных подходов к пониманию того, что есть сущность права как важнейшего специфического явления социальной жизни»³⁷⁴. В современной научной литературе представлены различные подходы к пониманию права, существуют сотни определений права, раскрывающих различные стороны этого важнейшего общественного института. Вместе с тем, несмотря на многообразие выработанных в правоведении определений правопонимания, неизменным остается уверенность ученых в том, что это, прежде всего, процесс познания, познавательная деятельность, направленная на изучение, объяснение и выработку представления о праве, определение системы элементов, составляющих его сущность³⁷⁵. Несмотря на довольно большое количество научных работ в области правопонимания, как ни странно, немногие ученые пытаются собственно определить, что же такое правопонимание³⁷⁶.

Вопросы правопонимания исследовались многими отечественными и зарубежными учеными-юристами, при этом на сегодняшний день можно выделить четыре основных дефиниции:

1. юридический позитивизм (нормативизм), понимающий право как совокупность норм, установленных или санкционированных государством (Р. Штаммлер, П.И. Новгородцев, Х. Кельзен);

2. социологический позитивизм (Л. Дюги, Э. Эрлих, Г. Канторович, Р. Паунд, К. Ллевеллин, С.М. Муромцев, Г.Ф. Шершеневич и др.), выделяющий в праве реальные социальные отношения, имеющие юридические последствия и возникающие в различного рода общественных объединениях или создаваемые решением судебных и административных органов;

³⁷⁴ Костин Ю.В. Современные подходы к правопониманию // Формирование правовой, межэтнической, религиозной и профессиональной культуры современного специалиста. Рязань. 2013. С.14.

³⁷⁵ См. Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. № 6. 2003. С.13-21.

³⁷⁶ Пищулин А.В. Проблема формирования современного правопонимания // Право и образование. № 5. 2010. С.138.

3. теории естественного права (Г. Гроций, Дж. Локк, Д. Дидро, Ш. Монтескье, А.Н. Радищев и др.), согласно которым право выводится из разума или природы общества и человека, а человеку приписываются врожденные и неотъемлемые права, существующие независимо от государства и предшествующие ему (последнее положение получает широкое признание, начиная с XVII-XVIII вв., когда складываются классические представления о естественном праве).

4. философское понимание права (И. Кант, Г.В.Ф. Гегель), сводящее его к принципу свободы: право определяет условия, при которых человек, связанный или наделенный общественным статусом, может действовать свободно, иными словами, определяет сферу или границы, меру свободы человека, ибо последняя понимается не как самоуправство, а как разумное общественное поведение³⁷⁷.

Понимание права, отношение к нему зависят от национальных традиций, социальных условий, а также правовых традиций конкретного государства. Это касается как понимания сущности права, так и осмысления различных правовых явлений³⁷⁸.

В основе западноевропейской философско-правовой традиции лежали основные идеи древнегреческой философии и римской юриспруденции, заложившие принципы естественно-правовой концепции, ориентированной на «понимание права как формы индивидуальной свободы человека в общественной жизни».

В России всегда существовала своя особенная традиция видения права. Правопонимание в дореволюционной юридической науке представлено наличием различных теорий и школ. Иронию Канта по поводу «долгих поисков» юристами сущности права можно было бы принять, если бы это не представляло сложную и многогранную проблему. Надо признать: любое определение права страдает тем, что оно подчеркивает какую-то одну сторону этого предмета³⁷⁹. После Октябрьской революции понятие права неизбежно политизировалось и практически было сведено к воле господствующего класса, установленной законом и охраняемой силой государственного принуждения. После событий 1991 г. ситуация в правоведении изменилась: получили распространение многие правовые теории, не соответствовавшие официальной доктрине. Однако это освобождение во многом внешнее: право еще в 90-е гг. XX в. по-прежнему трактовалось, в основном, с этатистских позиций и рассматривалось скорее как инструментальная категория, нежели феномен, требующий глубокого теоретического осмысления³⁸⁰.

³⁷⁷ Мартышин О.В. Указ. соч.

³⁷⁸ Скоробогатов А.В. Современные концепции правопонимания: Учебно-практическое пособие. Казань. 2010.С.7.

³⁷⁹ Корнев А.В. Толкование права в контексте различных типов правопонимания // Журнал российского права. № 8. 2016. С.30.

³⁸⁰ Шкурко А.В. Понятие правопонимания на современном этапе развития отечественной

Русская правовая концепция, в отличие от западноевропейской, развивалась под влиянием системоцентристской византийской духовной традиции, в которой право трактовалось как «некая стоящая над отдельным человеком и подчиняющая его форма духовного единения людей на базе правды-справедливости, божественной благодати, христианской этики и т.д.»³⁸¹ .

Таким образом, в западной юриспруденции наибольшее развитие получили подходы к пониманию права в рамках концепции естественного права. Отдельно стоит отметить страны англо-саксонской правовой семьи, в которых в соответствии с национальными традициями предпочтение отдавалось социологическому подходу.

В российской же правовой науке до последнего времени господствовало позитивистское правопонимание. Так, проф. М. Н. Марченко, акцентируя внимание на позитивистскую концепцию и теорию естественного права, отмечает, что доминирующим в отечественной правовой идеологии был и, к сожалению, остаётся юридический позитивизм, при котором понятие и роль права при этом зачастую сводилась к элементарным «приказам» государства, а правовой статус человека и гражданина – к правовому статусу верноподданного³⁸² .

Различие правовых систем разных стран, разнообразие правовых традиций в значительной мере приводит к различиям в понимании права, а также определенным различиям в интерпретации того, что принято называть одним типом правопонимания, будь то, юридический позитивизм или естественное право.

В последние годы наблюдается тенденция к сближению различных типов правопонимания. В редакционной статье журнала «Государство и право», посвященной 80-летию указанного издания, в частности, отмечается: «Публикации демонстрируют тенденцию к преодолению давнего противостояния юридического позитивизма и естественно-правовой школы как базовых типов правопонимания»³⁸³ .

О.В. Мартышин, в частности, отмечает, что тенденция к сближению различных направлений правовой мысли является характерной чертой западной юриспруденции последних десятилетий. Такое «встречное» движение наблюдается не только со стороны философско-правовой науки, но и позитивистской теории права. При этом поискам единого определения права или единой методологии современная западная литература предпочитает плюрализм. «Не то в

юридической науки // Наука и образование. 2013. № 3. С.62-63.

³⁸¹ Агафонов Е.А. Консенсуальный подход к проблеме соотношения европейской и российской концепций философии права // Вестник МГОУ. Серия: Философские науки. 2016. № 2. С.52.

³⁸² Основные концепции права и государства в современной России (круглый стол) // Государство и право. 2003. № 5. С.30.

³⁸³ 80 лет журналу «Государство и право» // Государство и право. 2007. № 2. С.12.

России. Здесь плюрализму определений права сопутствуют нередко взаимное непонимание, нетерпимость и поиски абсолютного, т.е. единого, универсального понятия права, исключающего, делающего не только ненужными, но даже вредными все другие типы определений»³⁸⁴.

Некоторые ученые проблемы понимания права пытались одновременно решать с позиции позитивного и естественного, точнее обновленного естественного права, основной акцент ставился не только на взаимоотношениях права и государства, но и на характере взаимосвязей права и общества. Сторонниками интегративного подхода к праву являются такие ученые, как В.С. Нерсисянц, Р.З. Лившиц, В.Г. Графский и др. Профессор М.Н. Марченко отмечает: «Подобно современным российским ученым-юристам их западные коллеги нередко решают проблемы правопонимания в сведении "воедино" традиционных политико-правовых школ и создании на их основе некой интегрированной, единой юриспруденции»³⁸⁵. Однако на пути к такой юриспруденции Запад, в отличие от России, стремится к компромиссу, к готовности признать известную обоснованность альтернативной точки зрения³⁸⁶.

Вместе с тем традиционный, классический подход к решению проблемы интеграции юриспруденции сегодня оказывается явно недостаточным.

В отношении интегративной концепции права не все юристы согласны с разработчиками. Так, говоря об интегративной теории права, В.М. Сырых справедливо считает, что в большинстве случаев такой подход является эклектичным и что невозможно все теории права, имеющие разные основания, соединить воедино³⁸⁷.

В свою очередь, И.Ю. Козлихин, рассматривая нетрадиционные подходы к праву, отмечает, что для интегративной концепции права характерно стремление «собрать все лучшее вместе»³⁸⁸. Уточняя это положение, А.В. Поляков подчеркивает, что «интегративный подход призван не механически объединить, а синтезировать теоретически значимые моменты, проработанные конкурирующими научными теориями»³⁸⁹. Более того, К.В. Агамировым было предложено

³⁸⁴ Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С.15

³⁸⁵ Марченко М.Н. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2002. № 3. С.14.

³⁸⁶ Беззубикова Д.А. Тенденции развития российского правопонимания // Юридическая мысль. 2014. № 5 (85). С.13.

³⁸⁷ Сырых В.М. Новые подходы к правопониманию // Теоретические и практические проблемы правопонимания: материалы III Международной научной конференции, состоявшейся 22-24 апреля 2008 года в Российской академии правосудия / под ред. В.М. Сырых, М.А. Занина. Изд-е 2-е. М.: Российская академия правосудия, 2010. С. 52.

³⁸⁸ Козлихин И.Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1. С. 36-38.

³⁸⁹ Поляков А.В.В поисках интегрального типа правопонимания // История государства и права. 2003. № 6. С. 7.

но ввести новую правовую категорию, которую условно можно обозначить как «универсальное (адекватное, соразмерное, сбалансированное) право». В представлении автора, оно призвано устранить противоречие между либертарным (справедливым, разумным) и позитивным (официально признанным, действующим) правом соединением желаемого и действительного, возможного и необходимого, благостной мечты и суровой реальности. Задача универсального права – привести к общему знаменателю сущее и должное в данный конкретный промежуток времени³⁹⁰.

Особую теоретическую и практическую значимость сегодня приобретают те позитивные моменты и выходы на возможность консенсуса в соотношении различных точек зрения. Такой консенсуальный подход к пониманию соотношения права и морали, свободы и правового принуждения, необходимости морального, нравственного самосознания становится особенно значимым в эпоху информационного общества, тотального внедрения средств массовой информации во все сферы жизни общества, в том числе и в систему образования, воспитания, формирования массового сознания³⁹¹.

Современной правовой доктрине в аспекте множества подходов к правопониманию известен ряд актуальных методологий: это феноменологический, герменевтический, антропологический и синергетический подходы.

Сущность феноменологического определяет принцип intersубъективности социального мира, органично объединяющийся с «теорией коммуникативного действия» (Ю.Хабермас). Наиглавнейшим достижением герменевтического подхода является идея «вхождения в герменевтический круг», применяющаяся по отношению к праву, и герменевтические каноны (Э.Бетти), необходимость в которых возникает при объективной интерпретации текстов и высказываний.

Главная идея антропологического подхода к правопониманию - наличие в основе социальной жизни людей двух противоположных инстинктов - агрессии и кооперации. Актуальной в юридической науке является и диалогическая концепция правопонимания, основоположником которой является проф. И.Л. Честнов. Данная концепция основывается на признании многомерности правовой реальности, которая включает субъекта права, нормы права, их отражение в правосознании и реализацию в правопорядке. Акцент на субъекте права дает основание И.Л. Честнову квалифицировать этот подход также как антрополого-диалогический³⁹².

³⁹⁰ См. Агамиров К.В. Новый тип правопонимания // Человеческий капитал. № 11. 2013. С. 15-22.

³⁹¹ Агафонов Е.А. Консенсуальный подход к проблеме соотношения европейской и российской концепций философии права // Вестник МГОУ. Серия: Философские науки. 2016. № 2. С.56.

³⁹² См. Ромашов Р.А. Теория государства и права. СПб., 2010.

Синергетическим подходом (В.П. Бранский, А.Б. Венгеров) формируется представление о праве как неустойчивой, разбалансированной системе, пребывающей всё время в процессе становления; сосредоточивается внимание на новой функции права, касающейся обеспечения целостности общества; освещается проблема отбора, в соответствии с которым осуществляется процедура инновации и селекции новых образцов юридически значимого поведения, а также их закрепление в формально определённых источниках (законах и пр.)³⁹³.

Таким образом, необходимо указать на отсутствие универсального подхода к правопониманию. Ввиду постоянно меняющихся общественных отношений, меняется и подход к пониманию права. Это свойственно как для отечественной, так и для западной юриспруденции. Как справедливо отметил А.И. Ковлер, «пока юристы-теоретики спорят о природе права и типах правопонимания, практики уже давно работают над созданием единого международного правового пространства. Стираются границы между правовыми семьями и правовыми системами, базирующимися на общности типов культур и цивилизаций, подрываются основы правового плюрализма»³⁹⁴. Поэтому справедливо заметить, что вряд ли юридическая наука когда-то придет к «универсуму» относительно понимания права ввиду чрезвычайной сложности этого явления.

³⁹³ Гетьман И.В. Тенденции в методологической компоненте современной юридической науки // Проблемы законности. 2012. № 119. С.18.

³⁹⁴ Ковлер А.И. Антропология права. Учебник для вузов. М.: Издательство Норма (Норма-ИНФРА), 2002. С. 5.

Раздел II. ГЕНЕЗИС И РАЗВИТИЕ ТИПОВ ПРАВОПОНИМАНИЯ

Г. И. Муромцев

О начальных стадиях генезиса правопонимания

Проблема правопонимания в контексте его генезиса чрезвычайно важна с точки зрения теории и методологии права. Значимая сама по себе она выходит за рамки собственно правопонимания. В самом деле, речь в данном случае идет не только о зарождении и начальной эволюции правопонимания. Выяснение вопроса о том, как понималось право на ранних стадиях его истории, методологически значимо при исследовании проблемы происхождения права, а также исторических закономерностей его развития.

Проблема генезиса правопонимания как важнейший аспект проблемы происхождения права является наряду с этой последней комплексной, представляющей (на ранних стадиях процесса) предмет исследования ряда смежных научных дисциплин (антропологии, социальной психологии, религиоведения и т.д.). Обе проблемы отличает практически полное отсутствие либо острая нехватка письменных источников о ранних стадиях процесса, недостаточная изученность ряда важных его аспектов. Отсюда в подходе к данной проблеме немало гипотез, предположений и вопросов, остающихся пока без ответов. Видимо, не случайно, ни в одной области теории права и государства нет такого количества теорий, сколько их существует в вопросе происхождения права.

Огромный пласт времени, отделяющий нас от начальных стадий его возникновения, обуславливает проблему адекватности изучаемым реалиям современных правовых категорий и современного (то есть европейского) правопонимания. Примером ее актуальности может быть, в частности, подход советской, или «марксистско-ленинской» теории государства и права к вопросу о происхождении права, основанный на выводе Энгельса в его известной работе. Согласно Энгельсу право возникает вместе с государством и поэтому со времени своего возникновения и в течение всей истории предстает как одномерное явление, то есть как совокупность общеобязательных норм, исходящих от государства и им же обеспечиваемых. Разные стадии истории права различались таким образом лишь характером классово-волевой, которую эти нормы выражали. Такой подход, к сожалению, до конца не преодоленный и ныне, оставлял вне поля зрения исследователя вопрос о правопонимании, изменяющемся от эпохи к эпохе и от одной культуры к другой.

Помимо концепции Энгельса в вопросе об исходной точке процесса становления права имеются и другие точки зрения. Так, по мнению одних авторов

право возникает раньше государства³⁹⁵, другие полагают, что исходной точкой этого процесса является возникновение человеческого общества³⁹⁶. Последний взгляд впервые был высказан еще в позапрошлом веке английским ученым Г. Мэном. На наш взгляд, он является наиболее адекватным истории права, однако нуждается в известной корректировке. Мы вынуждены опустить ряд методологически важных, но выходящих за рамки темы вопросов – например, вопрос о границах между миром природным, где обитали физиологические предки человека, и миром социальным. В качестве исходного в наших рассуждениях возьмем тезис профессора Б. С. Шалютин, что «между природным и социальным существовал ушедший мир, который мы назовем постприродным» Из этой посылки автор делает вывод, что культуре предшествует предкультура³⁹⁷. Думается, с таким выводом нельзя не согласиться. В самом деле, переход от природного существования к социальному, от психики животных к сознанию, присущему лишь человеку, и соответственно к социальным регуляторам поведения вместо природных рефлексов не может произойти одновременно. Можно спорить о том, как его назвать: переходный период, постприродный мир или как-то иначе. Важно другое, - что в его рамках один тип регулирования поведения замещается принципиально иным. Мы не можем обозначить хронологических рамок такого перехода, но должны признать его необходимость. Отсюда следует, что если становлению человеческого общества и человека разумного (*homo sapiens*) предшествует постприродный мир, то, следовательно, возникновению права должны предшествовать какие-то предправовые нормы, формы, конструкции, процедуры и т. д., с которых затем начнется собственно правовое развитие. Поэтому в начальных стадиях этого процесса право, как и другие социальные регуляторы, выступают лишь в зародышевых, эмбриональных формах. Это проявляется, прежде всего, в феномене слитности, или синкретности. В этнографической и правовой литературе он получил также название мононормы, или мононорматики³⁹⁸.

Под мононормой в теоретико-правовой литературе обычно понимают слитную норму архаического общества, соединяющую в себе нормы религии,

³⁹⁵ См., например: Сеницына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978; Крашенинникова Н. А. Индусское право: история и современность. М., 1982; Жидков О. А. Предисловие к указанной работе Н. А. Крашенинниковой.

³⁹⁶ Дробышевский С. А. Историческое место политической организации общества и права: спорные вопросы // Правоведение. 1991. № 4; Он же: Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Автореф. дисс....д-ра юрид. наук. СПб, 1994; Честнов И. Л. Исторические предпосылки государства и права // Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права. СПб, 2006.

³⁹⁷ Шалютин Б. С. Правогенез как фактор становления общества и человека // Вопросы философии. 2011. № 11. С.15.

³⁹⁸ См.: Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. М., 1979. С. 210–240.

морали и права. Основной недостаток такого подхода видится в рассмотрении данного явления сквозь призму современных представлений о праве, предполагающих уже сложившуюся систему социальных регуляторов, которой в рассматриваемую эпоху еще нет. Уже то, что мононорма при таком ее понимании включает в себя НОРМЫ религии, морали и права, создает иллюзию, будто каждый из этих регуляторов ко времени ее возникновения уже функционировал самостоятельно. Тогда непонятно, зачем их надо было «сливать» воедино. Видимо, таким пониманием проблемы объясняется категорическое отрицание концепции мононормы некоторыми российскими авторами³⁹⁹. В действительности ни один из этих социальных регуляторов еще не действовал в ту эпоху в «чистом» виде. Мононорма есть по сути лишь исходная историческая форма становления каждого из них. Мы понимаем под ней слитную норму, включающую элементы лишь зарождающихся и потому выступающих в эмбриональной форме религии, морали и права. Их зародышевый характер проявлялся как в том, что ни один из этих социальных регуляторов еще не сложился в самостоятельную систему норм со своей структурой и сферой действия, так и в том, что сама мононорма не выступала в «чистом» виде, а была «растворена» в мифах, пословицах, прибаутках и т. д. На наш взгляд, она сравнима с брошенным в историческую почву волшебным зерном, из которого возшли три совершенно разных «побега» - религия, мораль и право. Но «побегами» они станут лишь в отдаленном будущем, а поначалу выступают в слитной форме как нечто целое. То, что в число зарождающихся слитных социальных регуляторов входит и религия, обуславливает застывший, неизменный характер окружающего мира в его восприятии первобытным человеком. В условиях весьма медленной социальной эволюции это обусловило существенную особенность социальной регуляции архаического периода: будучи в основе своей слитной, она постепенно дифференцируется, отражая процесс структурирования, то есть превращения в самостоятельные социальные регуляторы религии, морали и права. Поэтому понятие мононормы есть рабочая категория, наиболее адекватно отражающая реальную ситуацию лишь в начальных стадиях становления права.

Слитный характер мононормы обусловлен не столько тем, что она включает элементы разных (с современной точки зрения) социальных регуляторов, сколько тем, что само это слияние норм, происходящее прежде всего на уровне сознания (ведь письменности еще нет!), есть следствие слитного восприятия мира. Эта слитность проявляется, прежде всего, в том, что сфера действия мононормы охватывает не какую-то область социальной жизни (правовую, религиозную или какую-то иную), а воспринимаемый сквозь призму родовой или большесемейной общины, играющей роль своеобразного микрокосма, окружа-

³⁹⁹ См., напр.: Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. М., 1999.

ющий мир «в целом». В этом мире нет различий между социальным и природным, реальным и сверхъестественным, подчас между одушевленным и неодушевленным и т. д.

Феномен синкретизма еще недостаточно осмыслен в нашей историко- и теоретико-правовой литературе. В подходе к его исследованию преобладает догматизм. Суть его в том, что юрист-догматик при рассмотрении данной проблемы не выходит за рамки права, понимаемого как совокупность общеобязательных норм. Между тем феномен синкретизма нельзя исследовать вне первобытного архаического сознания. В самом деле, миллионы лет, в течение которых предки человека обитали в мире природы, оставили глубокий след в сознании человека родовой эпохи. Это проявилось в ряде аспектов. Прежде всего, стадные формы существования физиологических предков человека обусловили коллективный характер этого архаического сознания. В современной литературе явления подобного рода получили название коллективного бессознательного⁴⁰⁰. Только в данном случае указанное понятие требует корректировки, отражающей характер восприятия мира.

Зарождающийся социальный мир воспринимается первобытным человеком как продолжение мира природного и наоборот. Незнание закономерностей развития этого слитного мира обусловило его восприятие сквозь призму начальных религиозных верований. Следствием этого была размытость границ между миром реальным и фантастическим. Развитие этого слитного мира происходит циклически, вне исторического процесса, поскольку архаическому сознанию еще не известно линейное время (то есть различия между вчера, сегодня и завтра). Подобное мышление отдельные исследователи определяют как пра- или дологическое⁴⁰¹.

Первобытное сознание является мифологическим. Раскрывая его специфику, профессор Ю. М. Лотман выделял, прежде всего, замкнуто-циклическое отношение ко времени. «Годичный цикл подобен суточному, - писал он, - человеческая жизнь – растительной, закон рождения – умирания – возрождения господствует над всем. Универсальным законом такого мира является подобие всего всему, основное организующее структурное отношение – отношение геоморфизма... Это мощное уподобление, лежащее в основе сознания данного типа, заставляет видеть в разнообразных явлениях реального мира знаки ОДНОГО явления, а во всем разнообразии объектов одного класса просматривать ЕДИНЫЙ ОБЪЕКТ»⁴⁰².

Содержание мифа архаической эпохи воспринимается как некая матрица или модель должного поведения. В этом смысле миф – это не только форма

⁴⁰⁰ См.: Юнг К.Г. Понятие коллективного бессознательного. М., 1995.

⁴⁰¹ См., напр.: Леви-Брюль Л. Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 2008.

⁴⁰² Лотман Ю.М. Феномен культуры // Ученые труды Тартуского университета. Семиотика культуры. Труды по знаковым системам. Т. X. Тарту, 1978. С.6–7.

первобытного сознания, но и своеобразный социальный регулятор, ставящий в известные рамки поведение членов общины. Вместе с тем реальная жизнь родового общества подчас расходится с мифологической моделью. Поэтому постепенно в рамках общины наряду с мифологическим формируется и немифологическое сознание⁴⁰³.

Однако в течение долгого времени нормы поведения, как и окружающий слитный мир воспринимаются в качестве данности, возникшей по воле богов и духов. Неудивительно, что люди архаической эпохи не могли ответить на вопрос о времени возникновения обычая⁴⁰⁴. В самом деле, ему следовали многие поколения предков, которые, уйдя в мир иной, становились божествами и духами. Возникший «сам собой» он воспринимается как воплощение их воли и приобретает вследствие этого сакральный характер⁴⁰⁵.

В этих условиях само понятие «социальный регулятор» в применении к обычаю (мононорме) становится в известном смысле условным – ведь его действие (по крайней мере, на известных стадиях истории) распространяется не только на социальную сферу, но и на мир природы, мертвых предков и т. д. Кроме того, такой слитный регулятор включает в свою сферу отношения, которые в развитом обществе вообще не подлежат нормативному регулированию, поскольку изначально предполагают сверхъестественные способы воздействия на них в форме пророчеств, предсказаний, магических обрядов и т. д.⁴⁰⁶ Сказанное объясняет распространенность в архаическую эпоху различных гадателей и прорицателей, призванных предсказывать ход событий, важных с общественной либо государственной точек зрения (авгуры и фециалы в Древнем Риме, шаманы и маги у ряда народов Востока и т. д.).

Фактор слитности сказывается не только на сфере действия мононормы, но и на характере субъектов регулируемых отношений. В условиях, когда социальные общности структурируются на природной основе (род, племя, большая семья), основными их субъектами выступают поначалу именно эти общности. Феномен слитности проявляется при этом в нескольких аспектах. Один из них – явление тотемизма. Суть его – в искренней вере членов рода, что их родоначальником является некое животное или растение, редко – неодушевленный предмет. Община носит имя соответствующего родоначальника. Таким обра-

⁴⁰³ Лотман Ю. М. Указ. статья. С.7.

⁴⁰⁴ Добницкий О. Г. Понятие морали. М., 1978. С.15.

⁴⁰⁵ В этой связи едва ли можно согласиться с утверждением Т. В. Кашаниной, что «социальная норма, которая никем не установлена, невозможна и нелепа» // Кашанина Т. В. Происхождение государства и права. М., 1999. С.186.

⁴⁰⁶ Такого рода механизмы «включаются» когда речь идет о необходимо предсказать исход событий, важных для отдельной общины, народа и т. д. Это, например, степень успешности предстоящей охоты, военного похода, виды на будущий урожай и т. д.

зом, род выступает вовне не только как социальная общность, но и как часть природы.

Кроме того, каждая социальная общность имеет помимо природной также религиозную составляющую. Ее тесную связь с социальными институтами архаической эпохи отмечал известный французский исследователь древних религий Фюстель де Куланж. По его мнению, из древних верований вышло «большинство домашних и социальных учреждений древних». Патриархальную семью того времени он определял как такую группу лиц, «которым религией было дозволено обращаться с молитвою к одному и тому же очагу и приносить могильные жертвы одним и тем же предкам»⁴⁰⁷.

Это определение чрезвычайно важно для понимания слитного механизма регулирования поведения в архаическом обществе. Прежде всего, оно помогает понять специфику субъектов регулируемых отношений, в качестве которых могут выступать живые и мертвые, люди и божества, или духи, а подчас и неодушевленные предметы. Так, поскольку «семья образует нечто целое и в этой жизни, и в загробной»⁴⁰⁸, то, следовательно, умершие предки в представлении сородичей продолжают жить, хотя уже и в другом мире, и поэтому живые должны заботиться о мертвых, обеспечивая их пищей и питьем. Их доставляют на могилу по определенным дням либо выставляют на стол во время семейной трапезы и затем сжигают (полагая, что тем самым задача выполнена). В свою очередь, умершие предки, ставшие божествами и духами, должны оказывать живым членам семьи покровительство и защиту. В этом взаимном обмене услугами и состоял культ предков, существовавший у древних греков, римлян и многих других народов. Модель отношений, сложившаяся в его рамках, стала стержневой в регулировании отношений архаического общества. Закрепленное ею единство прошлого и настоящего, ушедших предков и живых членов семьи лежит в основе обязательности норм обычного права, или мононорм. В самом деле, семья и ее члены чувствуют себя спокойно и уверенно, пока находятся под защитой и покровительством богов. В свою очередь, условием благорасположения последних по отношению к семье является строгое соблюдение ее членами обычаев предков. Отступление от этого требования – как-то: плохой контроль за священным огнем в домашнем очаге, нерегулярное обеспечение мертвых предков питанием и питьем и т. д. – катастрофично для семьи. Добрые божества и духи мгновенно превращаются в таких случаях в злых и мстительных, способных навлечь на семью болезни, голод, стихийные бедствия и прочие беды. И наоборот: если семья вдруг вступала в полосу несчастий и неудач, то это также считалось следствием нарушения ее членами воли предков, то есть божеств и духов, воплощенной в древних обычаях. Отсюда распростра-

⁴⁰⁷ Фюстель де Куланж. Древняя гражданская община. М., 1903. С.11, 28, 29.

⁴⁰⁸ Там же. С.29.

ненность, в частности, в Риме архаического периода массовых очистительных церемоний (обычно в форме жертвоприношений), цель которых – поддержание добрых отношений с божествами и духами⁴⁰⁹.

Этому же были подчинены отношения в семье, где каждый ее член стремился не только сам не нарушать закреплённого обычаям сакрального порядка, но и не допускать его нарушений со стороны сородичей: ведь всякое нарушение воли предков одним из них влекло несчастья для семьи в целом. Поэтому царивший в ней «правопорядок» «выдавливал» из своей среды нарушителей.

Пример культа предков наглядно демонстрирует, что фактор слитности пронизывает всю жизнь человека архаической эпохи, проявляясь в характере не только восприятия им окружающего мира, но и в способах регулирующего воздействия на этот мир. Так, «механизм действия» культа предков включает элементы религии, морали и права. Представляя по сути юридическую конструкцию правоотношения, он тем не менее воспринимается его участниками как явление, прежде всего, религиозное. В его рамках обязательства по оказанию взаимных услуг несут, с одной стороны, живущие члены семьи, с другой, уже умершие предки. Санкции за неисполнение (ненадлежащее исполнение) членами семьи своих обязательств по отношению к предкам также имеют религиозный характер. В свою очередь, то, как соблюдается культ предков, может иметь оценку и с точки зрения морали.

Сказанное приводит к выводу, что обычай архаической эпохи (или моно-норма) как регулятор отношений в обществе имеет две «точки опоры» - материальную и идеальную. Первая из них проявляется при рассмотрении предмета его регулирования, включающего в условиях слитного восприятия мира помимо собственно социальных отношений также сферу сверхъестественного и природы. В этом качестве он выступает как основа формирования в будущем норм права, религии, этикета и т. д.

Вторая обнаруживается при попытке объяснить факторы обязательности, или «легитимности» обычая. Они коренятся в его соответствии воле божеств и духов, которым поклоняется данная общность. При этом именно религиозная основа как фактор непререкаемости обычая является определяющей. Слитность обычая с религией объясняет личный, а не территориальный характер возникающего на его основе обычного права. Его нормы, имеющие территориальное действие, постепенно складываются по мере вытеснения родовой общины соседской общиной, а власти родового строя протогосударством⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Фюстель де Куланж. Древняя гражданская община. М., 1903. С.134.

⁴¹⁰ Семенов Ю. И. Основные понятия обычного права: возникновение и развитие // Юридическая антропология. Закон и жизнь. М., 2000. С.26, 21.

От «воли» законодателя к «воле» судьи: эволюция подходов к толкованию права в юридико-позитивистской традиции⁴¹¹

1. Введение. Юридический позитивизм часто обвиняют в приверженности силлогистической модели судебного толкования, что, однако, справедливо лишь отчасти – исключительно по отношению к классическому юридическому позитивизму. В подходах к методологии судебного толкования юридический позитивизм претерпел очевидную эволюцию – от апологии формалистического стиля отправления правосудия до позиции радикального судебного активизма, характерной в целом для реалистического подхода к толкованию.

Основные тезисы реалистической традиции судебной интерпретации можно было бы суммировать следующим образом: 1) толкование есть не акт познания смысла, но практическое действие, включающее в себя волевой аспект; 2) для оценки судебного решения как результата такого практического действия не могут быть применены логические критерии; 3) семантическая неопределенность интерпретируемого текста создает ограничения для реализации когнитивной функции толкования и вместе с тем управомочивает судью на использование метаюридических аргументов; 4) логическое отношение обоснования судебного решения, т. е. логическая импликация решения из норм, есть результат «механического» правоприменения.

Ключевую роль в эволюции юридического позитивизма в реалистическом направлении сыграла теория толкования Г. Кельзена, в которой получили обоснование, по крайней мере, первые два из представленных выше тезисов и важнейший из них, который можно было бы обозначить как «тезис волюнтаризма» – толкование есть прежде всего «функция воли, а не познания»⁴¹². Однако если у Г. Кельзена данный тезис представлен в его «мягкой» форме, то, например, у М. Тропера он служит обоснованию радикального судебного волюнтаризма, который оказывается способным разрушить и то, что задумывалось как абсолютное основание правопорядка, – основную норму, конституцию, не оставляя на этом месте ничего, кроме «воли» органа конституционного контроля, чудесным образом превращающего в конституцию – если использовать пример М. Тропера – даже колесо от велосипеда⁴¹³.

Изучение эволюции юспозитивистских подходов к методологии судебного толкования позволяет наглядно продемонстрировать неустранимость суве-

⁴¹¹ Статья подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 16-03-50161.

⁴¹² Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб., 2015. С.501.

⁴¹³ Тропер М. Конституционное толкование / пер. с фр. М. В. Антонова // Правоведение. 2012. № 4. С. 100–101.

рена из юридико-позитивистской традиции. С помощью «тезиса волюнтаризма» юридический позитивизм конструирует нового суверена – судью, пытаясь поставить его на место устраненного суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической доктрины.

2. Г. Ф. Шершеневич. Действительно, в соответствии с канонем так называемого судебного формализма Шершеневич полагал главной задачей толкования раскрытие воли исторического законодателя и рассматривал судебное решение как «заключение силлогизма», отнюдь не считая это, однако, «простым механическим делом»⁴¹⁴. В таком применении закона в соответствии с его «точным смыслом» он видел реализацию принципа законности («легче зависеть от бездушной нормы, чем от душевного человека»⁴¹⁵, – пояснял он) и гарантию независимости суда от политического влияния. Признаваемая ученым неопределенность смысла закона есть лишь аргумент «в пользу изменений в законодательстве, а не в пользу извращения смысла закона»⁴¹⁶, точно так же, как и пробельность правового регулирования, по его мнению, не является основанием для суда прибегать к соображениям справедливости или целесообразности.

Кроме того, с точки зрения Шершеневича, пропагандируемый школой свободного права тезис, в соответствии с которым судья имеет право отступить от «точного смысла» закона во имя принципа справедливости, логически неизбежно приводит к отрицанию необходимости существования каких-либо общих правил: «Если решение судьи не должно противоречить его чувству справедливости, то законы, согласные с этим чувством, излишни, а несогласные – бесполезны». Поставленная школой свободного права проблема творческого судейства, по его мнению, противоречит исторической тенденции – «заменить усмотрение суда... твердыми, неизменными правилами»⁴¹⁷.

3. Г. Кельзен. Теория толкования Г. Кельзена разрушает основные тезисы силлогистической модели судебного толкования.

Во-первых, он опровергает представление классического юридического позитивизма о раскрытии воли законодателя как генеральной цели толкования: «С точки зрения позитивного права, – пишет Г. Кельзен, – одинаково допустимо и пренебрегать буквальным смыслом в пользу конструируемой воли законодателя, и строго держаться буквального смысла, не заботясь при этом об обнаружении (как правило, проблематичном) воли законодателя»⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1910. § 73.

⁴¹⁵ Там же.

⁴¹⁶ Там же. § 75.

⁴¹⁷ Там же. § 73.

⁴¹⁸ Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 425–426.

Во-вторых, Г. Кельзен опровергает представление о толковании как исключительно интеллектуальном процессе, целью которого является поиск основанного на законе единственно правильного решения. Традиционная теория толкования, полагает он, «представляет процесс толкования так, как если бы речь шла об интеллектуальном акте уяснения или познания, как если бы толкователь должен использовать только свое мышление, но не свою волю; как если бы среди множества возможных значений можно было с совершенной очевидностью сделать правильный юридический выбор, соответствующий позитивному праву»⁴¹⁹. Г. Кельзен же считает, что с точки зрения позитивного права не существует ни критерия, с помощью которого в рамках применяемой нормы можно было бы отдать предпочтение одной из имеющихся в ее рамках альтернатив, ни метода, позволяющего среди множества вербальных значений нормы указать на одно из них как «верное». В конечном счете все методы толкования приводят только к возможному, но не к единственно верному результату.

Соответственно толкование рассматривается Г. Кельзеном прежде всего как «функция воли», и это принципиальное теоретическое положение делает впоследствии возможным волюнтаристский подход к толкованию М. Тропера.

В-третьих, Г. Кельзен указывает на политизированность процедуры установления пробела, неочевидную для классического юридического позитивизма: существование «пробела», полагает он, признается тогда, когда недостаток нормы права рассматривается правоприменительным органом как нежелательный с политико-правовой точки зрения; данный орган отказывается от логически возможного применения действующего права по указанному политико-правовому основанию, поскольку считает такое применение неправосудным или несправедливым. Соответственно «что-то субъективное, морально-политическое ценностное суждение по поводу отсутствия определенной нормы права в правовом порядке представляется как логическая невозможность применить правовом порядок»⁴²⁰.

Как известно, теория толкования Г. Кельзена основана на его теории ступенчатой структуры правового порядка, которая (теория) допускает существование создаваемых судом индивидуальных норм, продолжающих ступенчатое раскрытие общей нормы. В соответствии с данной теорией правоприменение – это всегда правотворчество, так как любое судебное решение создает право (индивидуальную норму), но при этом и правотворчество – это всегда правоприменение, так как законодатель применяет нормы конституции. Интерпретация сопровождает процесс правоприменения на всех его ступенях – от издания закона до исполнения судебного решения, она необходима для соединения нормы и факта.

⁴¹⁹ Там же. С. 425.

⁴²⁰ Там же. С. 306–307.

Норма предыдущего уровня детерминирует норму следующего уровня. Но такая детерминация никогда не может быть полной. Общая норма не может предусматривать всех обстоятельств данного дела и всего содержания судебного решения. Общая норма это всегда *только рамка (иногда более широкая, иногда более узкая), в пределах которой судом принимается индивидуальная норма*⁴²¹. Соответственно задача вывести из закона «правильное» судебное решение подобна задаче создания «правильного» закона в рамках конституции. Как нельзя путем толкования из конституции вывести «правильные» законы, так нельзя и путем толкования вывести из закона «правильные» судебные решения⁴²².

Неопределенность правовой нормы может проистекать из сознательного применения соответствующей законодательной техники, но может быть и последствием других обстоятельств: 1) лингвистической неясности слова или фразы, выражающей норму, 2) предполагаемого правоприменителем различия между «волей» издавшего норму и ее лингвистическим выражением, 3) наличия противоречия между двумя нормами одного уровня.

Таким образом, правовой акт, имплементирующий вышестоящую правовую норму, может соответствовать одному из нескольких возможных прочтений нормы, или открытой правоприменителем «воле» лица, издавшего норму, или одной из конфликтующих норм. Если под интерпретацией понимается открытие смысла имплементируемой нормы, то ее результатом может быть только открытие указанной рамки, перечисление возможных вариантов интерпретации, выбор из которых является волевым актом. Соответственно судебное решение имеет, подчеркивает Г. Кельзен, конститутивный характер и как таковое представляет собой «продолжение правотворческого процесса»⁴²³.

4. А. Росс. Обращение А. Росса к вопросам судебной методологии связано с ключевой проблемой позитивистской философии права – понятием валидности / действительности права. Будучи учеником Г. Кельзена, А. Росс тем не менее отвергнул неокантианскую теорию основной нормы, как имеющую морально-метафизический смысл обоснования действительности правовой системы. По мнению ученого, единственное корректное с позитивистской точки зрения использование термина «валидность» состоит в обозначении с его помощью доступных наблюдению социальных фактов, включая и психические условия. Соответственно валидность правовых норм, как и валидность их интерпретации, должны определяться *эмпирически*, прежде всего через анализ применения норм права судами. А. Росс разделяет позицию Г. Кельзена, который полагал, что право представляет собой систему предписаний правоприменительным органам по применению принуждения, поэтому, с точки зрения дат-

⁴²¹ Там же. С. 424.

⁴²² Там же. С. 427.

⁴²³ Там же. С. 297.

ского ученого, определяющей в установлении валидности права является судебная практика.

В конечном счете право может быть рассмотрено как валидная система норм, которые являются «рабочими» прежде всего в сознании и поведении судей и других правоприменителей. Ученый полагает, что ответ на вопрос о том, являются ли директивы валидным правом, зависит от соотношения между системой норм, к которой принадлежит директива, и социальной реальностью, прежде всего судебной практикой. Это соотношение заключается в том, что, используя систему норм как схему интерпретации, мы можем понимать действия судьи (судебные решения) как осмысленные реакции на конкретные условия и – в определенных пределах – предсказывать судебные решения⁴²⁴.

Следуя позиции эмпиризма и исходя из выработанного им понятия действительности (валидности) права, А. Росс считает необходимым анализировать практику судов и пытаться обнаружить принципы или правила (идеологию), которыми руководствуются суды при переходе от общего правила к отдельному решению. Такая деятельность судов называется *судебным методом*, или *судебной интерпретацией*⁴²⁵. А. Росс обращает внимание на то, что, хотя отправление правосудия – это нечто гораздо большее, чем интерпретация закона судом, часто термин «интерпретация» используется для обозначения всего процесса принятия решения судьей, включая критическую оценку правила с точки зрения его представления о социальных ценностях. Такое словоупотребление, по мнению ученого, является результатом желания скрыть творческую функцию судьи и поддерживать видимость того, что судья является лишь глашатаем закона. С помощью техники аргументации, которая возникла как традиционная составляющая правоприменения, он создает видимость того, что его решение может быть выведено путем различных умозаключений из «истинной» интерпретации закона⁴²⁶.

Ученый предлагает критическое описание формалистического стиля интерпретации. Ранние позитивистские теории отправления правосудия рисовали, по его мнению, очень простую картину: предполагалось, что единственной мотивацией судьи в процессе принятия решения является уважение к закону, понимаемому как выражение воли законодателя, а сам процесс отправления правосудия сводится к пониманию «истинного» значения закона и его применению к установленным фактам. Поскольку смысл закона не всегда очевиден, его следует выявить при помощи интерпретации, которая, с точки зрения такого подхода, является исключительно когнитивной деятельностью⁴²⁷.

⁴²⁴ Ross A. On Law and Justice. Berkeley, 1959. P. 39.

⁴²⁵ Ibid. P. 109.

⁴²⁶ Ibid. P. 139.

⁴²⁷ Ibid. P. 137, 155.

А. Росс выдвигает несколько критических аргументов в адрес судебного формализма как стиля интерпретации, полагая, что картина судебного процесса, изображаемая формалистическим каноном толкования, «ничуть не похожа на реальность»⁴²⁸, так как не позволяет судье определять свое отношение к возможностям различных интерпретаций.

Первый выдвигаемый А. Россом критический аргумент – это указание на неопределенность смысла интерпретируемого авторитетного текста. Ученый выделяет синтаксические, логические и семантические проблемы, которые обуславливают возможность различных интерпретаций⁴²⁹. Исходя из этого А. Росс делает вывод о том, интерпретация в части установления смысла как эмпирического факта может не привести ни к какому определенному результату⁴³⁰.

Второй критический аргумент А. Росса связан с признанием того, что судебная интерпретация не есть исключительно рациональная деятельность. Отправление правосудия, убежден ученый, представляет собой нечто большее, чем просто интеллектуальная деятельность, – «оно укоренено во всей полноте личности судьи, в его формальном [институциональном] и материальном [моральном] правосознании»⁴³¹.

А. Росс подчеркивает, что за решением судьи всегда «стоит вся его личность»⁴³². Даже если уважение к закону (формальное правосознание) глубоко укоренено в профессиональном мировоззрении судьи и его личной морали, это не может быть единственным мотивом принятия решения. Судья не является автоматом, который механически превращает правила на бумаге, соединяя их с фактами, в решения. Он выполняет свою социальную задачу, вынося решения, которые воспринимаются им как «правильные», т. е. соответствующие духу правовой и культурной традиции. С его точки зрения закон является не магической формулой, а проявлением идеалов, мировоззрения, стандартов и оценок, которые являются частью культурной традиции. Эта традиция присутствует в материальном (*material*) правосознании судьи и создает мотив, ко-

⁴²⁸ Ibid. P. 137.

⁴²⁹ Ibid. P. 123–135.

⁴³⁰ Ibid. P. 137.

⁴³¹ Ibid. P. 140. – Смысл понятий «формальное» и «материальное» правосознание можно пояснить следующим образом: адресаты правовых положений подчиняются праву, говоря себе «Я обязан (ought, have to) действовать таким образом»; адресаты моральных предписаний следуют этим правилам, говоря себе «Я должен (must) действовать таким образом». Первый образ мышления служит примером того, что А. Росс называет формальным правосознанием; второй – того, что он называет материальным правосознанием. При этом термины «материальное» и «моральное» правосознание используются им как синонимы и противопоставляются «формальному», или «институциональному», правосознанию (Ibid. P. 55; Zamboni M. Alf Ross's Legal Philosophy // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Springer Netherlands, 2016. P. 404–405).

⁴³² Ibid. P. 138.

торый может войти в конфликт с требованием формального правосознания подчиняться закону. Критика судьи может быть направлена либо против конкретного решения по делу, которое он оценивает как несправедливое, несмотря на одобрение правила самого по себе, либо против самого правила. Такая критика может проявиться в сознании судьи как спонтанная эмоциональная реакция или возникнуть в результате сознательного анализа последствий решения в их соотношении с культурными стандартами. Судья будет, насколько это возможно, понимать и интерпретировать закон с точки зрения своего материального правосознания, чтобы он мог принять свое решение не только как «корректное», но и как «справедливое» или «социально желаемое». Если противоречие между формальным и материальным правосознанием слишком велико, судья может даже нарушить пределы, установленные словами или «намерением» законодателя. В конечном счете, заявляет А. Росс, *отправление правосудия является равнодействующей, получающейся из параллелограмма сил, в котором доминантными векторами являются формальное и материальное правосознание судьи*⁴³³.

Отсюда следует, что интерпретация, понимаемая как исключительно познавательная деятельность, нацеленная на рациональное установление смысла как эмпирического факта, должна потерпеть неудачу, однако, подчеркивает А. Росс, судья не может сдаться – он должен сделать выбор, и этот выбор проистекает из его оценки. Таким образом, задача судьи представляет собой проблему практического действия – отправление правосудия является волевым актом, и судья должен принять решение о применении принуждения. Соответственно судебная интерпретация является не только познавательной, но и творческой деятельностью, и предполагает у судьи мотивы, отличные от мотива следования определенной директиве⁴³⁴.

Наконец, *третий* критический аргумент А. Росса состоит в том, что соответствующие теории интерпретации скрывают реальную политико-правовую деятельность судьи. Подобно тому как шахматист мотивирован не только правилами игры в шахматы, но и целями игры и пониманием ее теории, так же и судья опирается на соображения, внешние по отношению к нормативной системе. Роль таких «свободных» соображений может отличаться в зависимости от стиля интерпретации, но они, убежден А. Росс, никогда не могут быть полностью исключены. «Имманентная логика» системы права, на которой акцентируют внимание формальные теории толкования, является иллюзией⁴³⁵.

Формальная теория судебного толкования, не оставляющая возможности для разумного усмотрения или социальных и моральных оценок, часто подвер-

⁴³³ Ibid. P. 138–139.

⁴³⁴ Ibid. P. 138.

⁴³⁵ Ibid. P. 156.

гальса атакам как некая догма юридического позитивизма. Вместе с тем А. Росс подчеркивает, что данная теория отнюдь не следует из предпосылок эмпиризма – основополагающего, по его мнению, тезиса юридического позитивизма. Если формальная теория толкования считается позитивистской доктриной, то это, полагает он, является либо заблуждением, либо проявлением двусмысленности понятия «позитивизм». А. Росс считает, что следует приветствовать развитие теории судебного процесса в сторону более уточненного, ценностно-ориентированного судебного толкования, не разделяя при этом шумные призывы о возврате к естественному праву: «“Прочь от формализма”, – замечает он, – никоим образом не тождественно “назад к естественному праву”»⁴³⁶.

5. М. Тропер. В реалистической теории толкования М. Тропера отчетливо проявляется тенденция к суверенизации судебной власти, прежде всего органов конституционной юстиции. В предлагаемой М. Тропером конструкции судебной власти оказываются заложенными основные признаки политического суверена.

Во-первых, суверен превосходит правопорядок, на который он воздействует; суверену, по точному выражению К. Шмитта, «для того чтобы создать право, нет нужды иметь право»⁴³⁷, т. е. его власть как социальный факт является предельным основанием действительности создаваемого сувереном права и как таковая не нуждается в определении нормами права.

М. Тропер исходит из того, что толкование представляет собой не акт *познания* смысла (значения) авторитетно установленного правила, а ничем не стесненный акт *волеизъявления* субъекта толкования, которым *устанавливается* норма как смысл текста и его юридическая сила. Ученый рассматривает толкование как практическое действие, – *решение* о смысле текста и его юридической силе. Тем самым судебное решение помещается за гранью, очерчиваемой требованием его рационального, формально-логического обоснования, для оценки которого могут быть использованы логические критерии. Практическое действие подлежит оценке с точки зрения иных критериев – эффективности, целесообразности и пр.⁴³⁸

Ученый отрицает существование каких-либо общеобязательных норм до их установления судьей в акте толкования, т. е. именно акт судебного толкования создает норму. До акта толкования существует лишь текст как объект толкования, который, с точки зрения М. Тропера, не имеет смысла (значения). Значение текста, т. е. норма, полагает он, недоступно познанию, – оно властно

⁴³⁶ Там же. С. 461–462.

⁴³⁷ Шмитт К. Политическая теология: четыре главы к учению о суверенитете / пер. с нем. Ю. Коренца // Шмитт К. Политическая теология. Сборник. М., 2000. С.27.

⁴³⁸ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4 (53). С.172.

определяется судьей, осуществляющим толкование⁴³⁹. Отсюда также следует, что судья не может принять решение *contra legem* – просто потому, что «истолкованный текст... не может иметь значения, отличного от того, которым его наделяет уполномоченный орган, даже если представляется, что этот смысл отличается от всех иных толкований, осуществленных другими лицами, даже если оно кажется безрассудным и даже если оно расходится со всеми известными намерениями автора текста»⁴⁴⁰. Кроме того, актом судебного толкования устанавливается не только норма как значение текста, но и его юридическая сила, «статус»⁴⁴¹. Однако вопрос о том, каким образом суд осуществляет выбор объекта толкования, иными словами, каковы критерии, позволяющие идентифицировать некий текст или поведенческую практику с законом или конституцией, остается без ответа.

Волеизъявительный характер толкования, обосновываемый теорией М. Тропера, выражается также в том, что судья при установлении правовой нормы в акте толкования не связан каким-либо регламентированным порядком нормотворчества. При установлении нормы как значения текста и определении его юридической силы субъект толкования обладает «юридической свободой», которая, согласно собственному определению М. Тропера, есть «произвольная власть, т. е. право субъекта или органа осуществлять управление согласно его собственному волеизъявлению и наделять принимаемые им нормы содержанием по собственному выбору»⁴⁴². Соответственно осуществляющий акт толкования судья наделен «произвольной властью», т. е. «юридически свободен придавать любое значение любому высказыванию и даже любому факту, независимо от их лингвистической формы и степени определенности»⁴⁴³.

Все эти теоретические положения приобретают особое значение применительно к органу, осуществляющему толкование конституции, который, таким образом, есть орган, *устанавливающий конституцию*. Орган конституционного контроля, 1) устанавливает *объект* конституционного толкования, 2) «юридически свободно», т. е. произвольно, определяет *содержание* конституции; 3) устанавливает *высшую юридическую силу* конституции. Свободу субъекта конституционного толкования в установлении конституционных норм можно пояснить собственным примером М. Тропера: «одну и ту же вещь можно истолковать либо как колесо от велосипеда, либо как произведение искусства. Если акт толкования создает некое произведение искусства, то акт толкования созда-

⁴³⁹ Тропер М. Ответ Отто Пферсманну / пер. с фр. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4 / Под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012. С.287.

⁴⁴⁰ Тропер М. Реалистическая теория толкования / пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С.9.

⁴⁴¹ Там же. С. 13.

⁴⁴² Там же. С. 18.

⁴⁴³ Тропер М. Конституционное толкование. С. 93.

ет и конституцию»⁴⁴⁴. Вывод ученого состоит в том, что конституционный суд является «единственным законодательным органом», более того, он «осуществляет конституционно-учредительную власть», т. е. устанавливая нормы конституции, сам суд «не связан ни одной из этих норм»⁴⁴⁵.

Таким образом, согласно теории М. Тропера, орган конституционной юстиции, действующий в ситуации отсутствия правового порядка, организованного конституцией в формальном смысле этого термина, и при этом устанавливающий конституцию, не будучи связанным ни одной из ее норм, оказывается в положении остинковского суверена, которому «для того чтобы создать право, нет нужды иметь право».

По мнению М. Тропера, его теория предлагает новое, по сравнению с чистым учением о праве Г. Кельзена, решение ключевой теоретико-правовой проблемы действительности нормативного порядка: «Если именно толкователь определяет норму... то на вопрос, почему норма действительна и является частью юридической системы, достаточно ответить: потому, что она создана в процессе толкования»⁴⁴⁶, иными словами, потому что она установлена новым сувереном – конституционным судом.

Однако это «новое» решение оказывается хорошо известным решением классического юридического позитивизма: действительность нормы определяется ее «исхождением» от суверена, возможность ограничения которого нормами права есть *contradictio in adjecto*. Таким образом, реалистическая теория толкования М. Тропера, представляющая юрико-позитивистскую традицию, предпринимает попытку возвращения суверена в современный теоретико-правовой дискурс, замаскировав его дискредитированный образ в «белые одежды» неперемного атрибута правового государства – независимого суда.

Во-вторых, суверен обладает учредительной компетенцией устанавливать собственную компетенцию. Согласно М. Троперу любые нормы, в том числе и те, которые обосновывают компетенцию самих судебных органов, суть «продукты воли толкователя», а иерархия норм определяется иерархией судебных органов⁴⁴⁷, т. е. суды сами устанавливают нормы об их собственной компетенции. Соответственно и конституционный суд, обладая учредительной властью, «сам устанавливает свои полномочия»⁴⁴⁸. Вопрос, который теория М. Тропера оставляет без ответа: что позволяет – в отсутствие конституционных правил о компетенции – некое собрание людей идентифицировать в качестве суда?

⁴⁴⁴ Там же. С.100–101.

⁴⁴⁵ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С.178.

⁴⁴⁶ Тропер М. Реалистическая теория толкования. С.13.

⁴⁴⁷ Тропер М. Ответ Отто Пферсманну. С.275.

⁴⁴⁸ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С.178.

Тезис М. Тропера о том, что «действительный характер осуществляемого толкования служит основанием толковательного полномочия»⁴⁴⁹, означает, что толкование действительно, потому что осуществляется судом, т. е. сам факт осуществления судом толкования является основанием его полномочия на толкование. Иными словами, судебная власть, подобно власти суверена классического юридического позитивизма, есть тот социальный факт, который фундирует правопорядок.

В-третьих, главным инструментом политической власти суверена является *решение*, которым создается правопорядок и с помощью которого осуществляется непредусмотренное нормами права вмешательство в правопорядок. Специфическими чертами решения является то, что оно, будучи исходящим от суверена, «обретает самостоятельную ценность», «становится в собственном смысле слова абсолютным» – независимо от аргументирующего обоснования, нормативной связанности, правильности содержания⁴⁵⁰.

М. Тропер рассматривает произвольно осуществляемый конституционным судом акт толкования как «настоящее решение», которое – «*каким бы ни было его содержание*» – не может быть ни верным, ни ошибочным, ни правильным или неправильным, но в любом случае оно не подлежит оспариванию. Данное решение является юридически действительным, обязывающим «*не в силу его содержания и даже не вследствие методов своего обоснования*», но исключительно в результате реализации судом своего полномочия⁴⁵¹, которым он, реализуя конституционно-учредительный характер своей власти, сам себя наделил. Таким образом, теория М. Тропера допускает, что решения суда об установлении конституционных норм, посредством которых суд создает конституционный правопорядок, обладают «самостоятельной ценностью» – независимо от их нормативного обоснования и содержания⁴⁵².

В-четвертых, суверен – не связанный ни одной из устанавливаемых им норм, самостоятельно определяющий свои полномочия, свободно, собственным «решением» создающий правопорядок – не подлежит юридической ответственности.

Согласно реалистической теории М. Тропера конституционный суд не является субъектом ни юридической, ни политической ответственности — решение органа конституционного контроля, которым устанавливается норма, вообще «не подлежит никакому контролю»⁴⁵³. Поэтому судья, хотя и «волен поменять эту (судебную. — *Е. Т.*) практику в любой момент, но это не в *его* ин-

⁴⁴⁹ Тропер М. Реалистическая теория толкования. С.15.

⁴⁵⁰ Шмитт К. Политическая теология. С.50–52.

⁴⁵¹ Тропер М. Реалистическая теория толкования. С.15–16.

⁴⁵² Там же. С.9.

⁴⁵³ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 175.

тересах, поскольку... власть судьи измеряется его умеренностью»⁴⁵⁴. Это напоминает рассуждения Г. Ф. Шершеневича о том, что произвол государственной власти ограничивается исключительно свойственным ей «инстинктом самосохранения», заставляющим ее «сдерживаться в проявлении власти», т. е. проявлять умеренность в ее же собственных интересах⁴⁵⁵.

6. Заключение. Юридический позитивизм допускает как формалистический, так и реалистический подходы к толкованию. Доминирование последнего в позитивистских концепциях второй половины XX в. иллюстрирует общую тенденцию в развитии юридического позитивизма – включение в теоретический анализ социологических и психологических элементов, связанных с действительностью правовых норм и их восприятием индивидуальной психикой⁴⁵⁶.

Теория толкования Г. Кельзена представляет собой наиболее «сбалансированную» концепцию, которая, с одной стороны, учитывает принципиальную неустрашимость правоприменительной дискреции, а с другой – признает связанность правоприменителя действующим правом, указывая на границы его усмотрения.

Четыре выделенных нами (в п. 1) тезиса реалистического подхода к толкованию позволяют дифференцировать реалистический подход к толкованию на его умеренный и радикальный варианты. А. Росс очевидно занимает в данном отношении умеренную позицию, признавая 1) наряду с волевой, деятельностной, и когнитивную функцию толкования; 2) допуская тем самым ограниченную возможность использования логических критериев для оценки судебного решения; 3) признавая связанность судьи семантикой интерпретируемого текста, а также 4) принципиальную возможность нормативного обоснования судебного решения. Умеренно-реалистическая позиция А. Росса отличается от радикального варианта реалистического подхода М. Тропера, который 1) рассматривает толкование исключительно как акт волеизъявления; 2) исключает возможность и необходимость использования логических критериев для оценки судебного решения, а также 3) какую-либо связанность субъекта толкования семантикой толкуемого текста; 4) исходит из того, что судебное решение не может иметь нормативного обоснования и, следовательно, не может быть принято *contra legem*.

⁴⁵⁴ Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012. С. 195.

⁴⁵⁵ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. С. 218.

⁴⁵⁶ См. об этом подробнее: Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. 2015. № 2. С. 94.

Плюрализм правопонимания в современной историко-правовой науке

Историко-правовая наука сегодня переживает не лучшие времена. Можно говорить о ее кризисе, который проявляется как в количественных показателях (снижение числа публикуемых монографий и их тиража), так и качественных (снижение качества защищаемых диссертаций по историко-правовой проблематике)⁴⁵⁷. Одной из целого ряда причин такого явления стал тот факт, что большинство представителей данного научного направления с трудом воспринимают новые методологические подходы. Произошедший в отечественной юриспруденции «поворот» от идеологического монизма к методологическому плюрализму в разной степени коснулся пока разных направлений юридической науки. Это коснулось и истории государства и права, которая в данном отношении оказалась достаточно косной и маловосприимчивой.

В течение всего периода существования Советского государства ученые всех направлений были существенно ограничены в выборе методологии исследования. Малейшее отступление от постулатов марксизма, тем более, в общественных науках, к числу которых относится и история государства и права, было недопустимо. Подобная ситуация вполне закономерно привела к нарастанию отставания отечественной юридической науки от западной юриспруденции, так как только в условиях методологического плюрализма можно ожидать научных прорывов.

В начале XX века в известном сборнике «Вехи» Б.А. Кистяковский, рассуждая о российском правовом нигилизме, сетовал на то, что в нашей стране отсутствовали великие достижения и идеи в сфере права (Где наш «Общественный договор»?). Но в действительности юридическая наука в Российской империи стояла на достаточно высоком теоретическом и практическом уровне. К числу серьезных достижений в сфере методологии юриспруденции можно отнести, например, создание психологической теории права Л.И. Петражицким, разработку социологического подхода к праву С.А. Муромцевым и т.д.

Историко-правовая наука в дореволюционный период также активно развивалась. Среди ее выдающихся представителей того времени можно назвать М.Ф. Владимирского-Буданова, В.Н. Латкина, К.А. Неволлина, В.И. Сергеевича и некоторых других ученых, чьи исследования не утратили актуальности и в наши дни.

В практическом плане выдающимся достижением отечественной юриспруденции стало проведение судебной реформы 1864г. Можно отметить и

⁴⁵⁷ Дорская А.А. Дисциплины историко-правового цикла в системе современного юридического образования // Право и образование. 2012. № 4.

подготовку передовых кодифицированных актов, например, Уголовного уложения 1903 г.

К сожалению, богатый потенциал, накопленный отечественной юридической наукой в дореволюционный период и основанный на методологическом многообразии, в советское время по идеологическим причинам оказался невостребованным. В то же время, усилиями С.В. Юшкова и его последователей на смену истории права пришла новая наука – история государства и права, так как в марксистском понимании государство и право неотделимы. В 1940 г. был опубликован первый учебник С.В. Юшкова, в котором впервые определен предмет науки и учебной дисциплины как история государства и права, а не история права, как ранее⁴⁵⁸.

Именно в советский период сложились те особенности отечественной историко-правовой науки, которые продолжают частично воспроизводиться и в наши дни:

- основанность на марксистской методологии (исторический материализм и учение об общественно-экономических формациях);

- тесная взаимосвязь развития права и государства и приоритет последнего (этатизм), в противоположность западной юриспруденции, которая относит вопросы теории государства к политологии;

- преобладание исторического подхода над правовым, увлечение изложением фактологии в ущерб анализу институтов права.

Период господства марксизма в общественных науках отучил историков права от нешаблонности, многовариантности мышления, от плюралистического подхода в методологических вопросах. Диалектический и исторический материализм в обязательном порядке подразумевали партийность и классовую оценку всех явлений и событий. Такой подход «резко сужал кругозор в правовых исследованиях, лишал ученого способности объективно подходить к явлениям общественной жизни, снижал интеллектуальные способности»⁴⁵⁹. Решающим аргументом в научном споре стала ссылка на основоположников марксизма, которым априори приписывалась непогрешимость. Экономика и экономические интересы господствующих классов ставились во главу угла, а внеэкономические факторы при всей их значимости отодвигались на второй, а то и третий план. Как справедливо писал А.А. Любищев, «Из справедливой оценки экономики как очень важного условия... получилась переоценка экономики

⁴⁵⁸ Кривенький А.И. Развитие концептуальных основ учебной дисциплины «История государства и права России» (на примере трудов С.В. Юшкова) // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2012. № 1. С.67.

⁴⁵⁹ Бельский К.С., Зайцева Л.А. Методология и метод познания в праве (общетеоретические аспекты) // Юридическое образование и наука. 2010. № 3. С.36.

уже не как важного и необходимого, а как ведущего фактора прогрессивной эволюции общества»⁴⁶⁰.

В постсоветский период на развитие российской историко-правовой науки оказали влияние как позитивные, так и негативные факторы.

С одной стороны, открылись, наконец, возможности для методологического плюрализма в науке. Стало возможным придерживаться любого типа правопонимания, отстаивать и пропагандировать свои взгляды. Появились публикации, в которые не критически, как ранее, а в позитивном ключе стали анализироваться потенциальные возможности социологического, естественно-правового, интегративного подходов к праву. Вместо единственно возможного ранее классового подхода для ученых открылся широкий диапазон в выборе методологического инструментария, давно уже применяемого на Западе. И в этих условиях многие историки государства и права оказались не готовы к отказу от привычных, устоявшихся нормативистских воззрений. В своих работах они продолжали опираться на представление о праве, как системе норм, исходящих от государства и защищающих интересы экономически господствующего класса. И если основные положения социологической юриспруденции (в ее классическом варианте) еще оказались понятны для части исследователей, то некоторые другие достижения научной мысли, такие, например, как антропоцентризм, поставили их в тупик и вызвали негативную реакцию.

Как известно, основной вопрос философии заключается в том, что первично: материя или сознание. В юридической науке тоже есть свой основной вопрос, связанный с типом правопонимания: что такое право? Именно от того, что тот или иной ученый понимает под правом, зависят все направления его научных изысканий и получаемые им результаты.

В историко-правовой науке это проявляется, прежде всего, в выборе предмета исследования. Значительная часть современных историко-правовых работ в традициях нормативизма посвящено исследованию не истории права, а истории законодательства. В качестве примера приведем название двух кандидатских диссертаций: «Законодательство об акционерных обществах в период НЭПа» (2008г.), «Законодательство об имущественном страховании в Российской империи (1781–1861)». Как верно подметила Л.Е. Лаптева, в среде историков права понимание отличия права от закона приживается с трудом⁴⁶¹.

Одна из проблем заключается в том, что современные историки государства и права, даже желая отказаться от формационного подхода к исследованию исторического процесса, как правило, видят только одну альтернативу ему, а

⁴⁶⁰ Любищев А.А. Расцвет и упадок цивилизации. СПб., 2008. С. 232.

⁴⁶¹ Лаптева Л.Е. История права или история законодательства? // Современное правоведение: поиск методологических оснований. Жидковские чтения: Материалы Всероссийской научной конференции. М.: РУДН, 2011. С. 248.

именно подход цивилизационный. Но использование этого подхода порождает не меньше сложно решаемых проблем и острых вопросов, чем использование формационного подхода. Л.Е. Лаптева в связи с этим справедливо отмечает, что «отказ от классового подхода к истории права не привел к изменению правопонимания. Нашей дисциплине по-прежнему не хватает правовой идеологии, системы координат, в которых должно происходить формирование мировоззрения современного юриста. Можно утверждать, что попытка заменить классовый подход цивилизационным оказалась в методологическом отношении бесплодной, поскольку не дала критерия сущностной оценки закона. Она (в зависимости от предпочтений) приводит либо уже к изрядно надоевшей апологетике пресловутого особого пути, либо к отчаянным попыткам привести Россию к общему знаменателю с западной цивилизацией»⁴⁶².

Неэффективность использования цивилизационного подхода при анализе историко-правовых проблем можно объяснить, прежде всего, недостаточной проработанностью самого этого подхода, наличием существенных противоречий во взглядах его основоположников, а также тем, что исторический процесс вообще сложно уместить в рамки какого-либо одного подхода. Как известно, законы Ньютона прекрасно подходят для изучения физических явлений, не выходящих за рамки определенных условий. Как только эти условия принципиальным образом меняются, необходимы уже иные подходы: теория относительности, квантовая механика и т.д. Очевидно, аналогичным образом обстоит ситуация и в истории государства и права: в одних случаях для исследования вполне логично использовать формационный подход, в других – цивилизационный, а в отдельных случаях очевидно не подходит ни тот, ни другой.

Современный методологический плюрализм позволяет сегодня говорить о том, что анализ явлений истории государства и права вполне может основываться на идеалистической методологии, противоположной материализму. При этом автор далек от того, чтобы сводить все многообразие научной методологии только к противопоставлению материализма и идеализма, хотя именно этот вопрос может стать ключевым для выбора типа правопонимания.

У подавляющего большинства представителей современной российской юриспруденции само слово «идеализм» и все, что с ним связано, сразу же вызывает резкое неприятие. Истоки такого негативного отношения лежат все в том же периоде господства марксизма, который на практике нередко сводился к вульгарному материализму, беспощадно критиковавшему все идеалистическое. Но постараемся посмотреть на вещи объективно. Почти все крупнейшие философы в истории человечества были идеалистами. Достаточно назвать Конфуция, Платона, Канта, Гегеля, а из российских, например, Павла Александровича

⁴⁶² Лаптева Л.Е. Указ. соч. С. 246-247.

Флоренского и Алексея Федоровича Лосева. Кого из представителей материалистической философии мы могли бы поставить в один ряд с этими именами? Очевидно, что таких найдется немного.

Материалистическая методология и марксизм как крайнее ее выражение стали высшей точкой развития науки эпохи модерна, которая берет свои истоки в событиях периода Великой Французской революции. Изменения, которые в последующем произошли в видении научной картины мира и, главное, в отношении к ней современных ученых, позволяют поставить вопрос об ограниченности всякого детерминизма, о новых подходах к взаимоотношению порядка и хаоса, подвергнуть сомнению саму идею постоянного прогресса. «Старое представление о том, что наука развивается путем накопления все большего количества «абсолютных истин в последней инстанции» сменяется новым: наука развивается путем смены системы постулатов, причем при этом нередко возвращается к тем положениям, которые были раньше как бы окончательно отвергнуты»⁴⁶³. Сегодня многомерная научная картина мира все больше не укладывается в рамки одномерного, узконаправленного материалистического подхода. На смену безальтернативности общественного развития приходит представление о его многовариантности.

Марксизм, вопреки официальным декларациям его сторонников, также имеет значительную идеалистическую «примесь». Как известно, одним из источников его стала немецкая идеалистическая философия. И есть большие сомнения, что Марксу и его последователям удалось до конца избавиться от гегелевского идеализма.

Самым последовательным идеалистом проявил себя В.И. Ленин, организовав и теоретически обосновав социалистическую революцию в России – в стране, в которой, с точки зрения марксизма, не было для такой революции никаких экономических предпосылок. Сначала была идея революции и построения коммунистического общества, а уже затем под эту идею стали формировать необходимый базис, не считаясь при этом ни с какими жертвами.

Важную роль идей в развитии общества, цивилизации, государства признавали многие крупные ученые. Например, В.О. Ключевский писал: «Я не знаю общества, свободного от идей, как бы мало оно ни было развито. Само общество – это уже идея, потому что общество начинает существовать с той минуты, как люди, его составляющие, начинают сознавать, что они – общество»⁴⁶⁴.

По нашему мнению, исследование проблем истории государства и права вполне возможно осуществлять на основе идеалистической методологии, если взять за основу идею в ее платоновском понимании, то есть эйдос. В соответ-

⁴⁶³ Любищев А.А. Расцвет и упадок цивилизации. СПб., 2008. С.281.

⁴⁶⁴ Ключевский В.О. Сочинения в 9 т. Т.1. М.: Мысль, 1987. С.53.

ствии со взглядами Платона, мир вещей представляет собой только бледное отражение более реального мира идей. Ученик Платона Аристотель, во многом превзошедший своего учителя, критиковал такой подход и рассматривал вещи как идеи, воплощенные в реальности.

Опираясь на такой подход, мы должны признать, что государство и право существуют потому, что есть идеи государства и права. Реальные государственно-правовые явления представляют собой отражение или воплощение соответствующих идей. Поэтому можно сказать, что есть идеи (назовем их идеями первого порядка), существующие изначально, и есть идеи второго порядка, которые представляют собой отражение идей первого порядка в сознании и психике людей.

В сходном ключе рассматривал идею государства Б.Н. Чичерин. В его представлении, идея государства обуславливает идеальное государственное право. «Устроение государства сообразно с его идеей составляет руководящее начало законодательной деятельности»⁴⁶⁵. При этом «естественный закон остается идеалом, но не абсолютною нормою положительного закона»⁴⁶⁶.

Если исходить из представления о ведущей роли идей для развития государства и права, взгляд на исторический процесс и его движущие силы может в некоторых своих основаниях поменяться. В этом отношении мы солидарны с мнением профессора Ю.Д. Ильина, который пишет применительно к истории нашей государственности в XX веке: «Идея самодержавия в России была разбита идеей «свободной республики»; ее, в свою очередь, побил идея республики советов; затем пришел черед Советского Союза, была внесена идея демократии. Не экономические процессы лежали в основе социально-экономических изменений, а идеи. Экономика России до революции развивалась успешно, но в глазах всего общества идея самодержавия себя исчерпала. В 1922 г. экономика Советской России, как и других соседних республик, была в разрухе, но возобладала идея Союза. Советский Союз пал не в результате экономического краха - была исчерпана идея советской власти»⁴⁶⁷. Сходную позицию обосновывает и А.А. Ференс-Сороцкий: «Крушение СССР подтвердило, что Россия – идеократическое государство, и опровержение господствующих идей ведет к изменению существующего строя. Так что вовсе не материальный фактор, а идеи, которые господствуют в обществе, определяют его строй»⁴⁶⁸.

Представление об идеях как ведущем факторе развития общества и государства меняет отношение к так называемому «сослагательному наклонению» в

⁴⁶⁵ Чичерин Б.Н. Общее государственное право. М., 2006. С.34.

⁴⁶⁶ Там же. С.30.

⁴⁶⁷ Ильин Ю.Д. Основы государства и религии. М.: Манускрипт, 1999. С.93.

⁴⁶⁸ Ференс-Сороцкий А.А. О некоторых актуальных проблемах общей теории права // Правоведение. 2009. № 6. С.28.

истории, к представлениям об альтернативности исторического процесса. Развитие общества, как и любой системы, может пойти различными путями, и здесь вполне применимо такое понятие из синергетики, как точка бифуркации. В конечном счете, все зависит от того, какая идея возобладает в решающий для общественного развития момент, адепты какой идеи в силу своей пассионарности смогут приложить максимум усилий для ее реализации.

В рамках современных концепций правопонимания постепенно набирает вес антропологический подход (персоноцентризм), который в центр правовой системы ставит человека как субъекта права. Смысл этого подхода выражен, например, в работах И.Л. Честнова, который пишет: «С точки зрения антропологизма постсовременного мировоззрения, субъект права должен трактоваться не просто как субъект правоотношений, а гораздо шире – как центр правовой системы, ее творец и постоянный деятель. Именно субъект права формирует и воспроизводит своими действиями правовую реальность»⁴⁶⁹. Соглашаясь с таким высказыванием, поставим вопрос о том, что движет субъектом права в его действиях, чем он руководствуется, создавая «правовую реальность»? Ответ очевиден – это та или иная идея, точнее, комплекс идей, которые становятся частью мировоззрения и правосознания субъекта права и непосредственным образом влияют на его поведение в правовой сфере.

Изучая историю права и реконструируя причины и процесс появления тех или иных норм, важно обращать внимание не только на социально-экономические условия их появления, но, в первую очередь, на те идеи, которые владели умами, которые лежали в основе правосознания субъектов права и, как следствие, в основе процессов правотворчества и правоприменения. Большую помощь в такой научной реконструкции, призванной составлять основу современных исследований истории права, может оказать анализ таких источников, как мемуары лиц, принимавших участие в разработке законопроектов прошлого, а также материалы комиссий по подготовке законопроектов. Что касается более ранних, «домемуарных» этапов истории права, то они должны изучаться в тесной связи с историей правовых и политических учений. Только в этом случае возможно четкое и правильное соотнесение определенных идей и соответствующих норм, означавших их воплощение.

В целом, можно констатировать, что именно плюрализм правопонимания открывает богатые возможности для развития отечественной историко-правовой науки, обогащает ее и может способствовать появлению и успешному развитию новых концепций развития государства и права. Использование но-

⁴⁶⁹ Честнов И.Л. Человеческое измерение правовой реальности: на пути к формированию персоноцентристской теории права // Актуальные проблемы права в современной России: Сб. науч. статей. Вып. 10. М., 2009. С.55.

вой и разнообразной научной методологии, возможное в условиях различных типов правопонимания, неизбежно повлечет за собой новые научные открытия, будет способствовать формированию новой, более современной историко-правовой науки.

А.Э. Черноков

Социологическая теория права: истоки и эволюция

Необходимость социологического знания изначально была обусловлена бурным социально-экономическим развитием западного общества конца XVIII – начала XX столетий. Окончание промышленного переворота настоятельно требовало научного объяснения этого феномена. Ряд современных зарубежных ученых-экономистов вполне справедливо ставит вопрос о том, «в какой степени институциональные интерпретации способны помочь нам в понимании роста, происшедшего в Европе до 1870 г.? Какую роль играют институциональные изменения в переходе к самоподдерживающемуся росту? Если мы анализируем институты в определенных исторических обстоятельствах, то не имеем права рассматривать только лишь роль государства и ограничений, налагаемых на исполнительную власть. В то же время мы не располагаем информацией, достаточной для вынесения суждения о функционировании европейских институтов в 1500-1870 гг. и их совокупном вкладе в экономический рост. Более всего мы нуждаемся в расширении круга знаний о юридических процессах, о роли «строительства государства» и о реальной значимости неформальных институциональных соглашений»⁴⁷⁰. Эволюция западного общества носила в общем и целом достаточно плавный характер и позволяла развиваться разнонаправленным идейным течениям.

В России же ситуация, как мы не раз отмечали, носила диаметрально-противоположный характер вследствие постоянного страха правительственных сфер перед возможностью революционных потрясений. Соответственно, развитие общественных наук до Великих реформ 1860-1870 гг. искусственно тормозилось. Учитывая же, что новые европейские течения общественно-политической мысли проникали в Россию достаточно быстро, создаваемые барьеры лишь вызвали озлобление образованных кругов и повышенный интерес к «запретному плоду». Ряд советских историков социологии вполне обоснованно полагал (оценивая российские реалии пореформенного времени), что «одной из основных особенностей общественной жизни России тех лет было сохранение в стране многочисленных пережитков крепостничества. Переплетение нового и старого придавало особую историческую специфику и остроту многим

⁴⁷⁰ Кембриджская экономическая история Европы Нового и Новейшего времени. Т.1. 1700-1870. М., 2013. С.41.

противоречиям страны. Замедленное, деформированное развитие капитализма в России отягощенное наследием крепостного прошлого, вело к хроническому структурному кризису, поражавшему всю систему общественных отношений – экономику, политику, культуру»⁴⁷¹.

Соответственно, основными предпосылками становления социологического знания выступали: острое неудовлетворение социальным устройством; усложнение структуры русского общества; главные теоретические достижения социологической мысли связаны с поиском наилучшего общественного переустройства⁴⁷².

К предтечам социологической юриспруденции в России по праву можно отнести такого известного правоведа и общественного деятеля как К.Д. Кавелин. «Социологичность» научных изысканий К.Д. Кавелина основывается, прежде всего, на его общем подходе к сущности общества и государства. По мысли ученого, «государство, как единое целое, есть юридическое начало, принцип, идея. Она выражается, видимым, осязательным образом, во-первых, в том, что государство имеет свои особые имущества, которым и присвоено, в отличие от всех других, название государственных; во-вторых, юридическое начало или идею государства видимым образом представляет правительство и его органы, действующие его именем, по его указаниям и под его надзором. Представляя юридическое начало государства, правительство сознает его нужды и по возможности удовлетворяет им»⁴⁷³. Перед нами один из вариантов органического подхода к обществу и государству. Основателем этого направления в истории социологической мысли Запада являлся Г.Спенсер. Если кратко излагать сущность этой теории, то ее возникновение было самым тесным образом связано с бурным развитием естественнонаучных знаний во второй половине XIX столетия. На взгляды самого Г.Спенсера решающее воздействие оказали исследования Ч.Дарвина о естественном отборе и борьбе за существование. По мнению Г.Спенсера, экстраполировавшего естественнонаучные представления об эволюции живой материи на социальные отношения, человечество возникло в результате движения животного мира от низших форм к высшим. В процессе совместной жизни люди объединились в единый организм – государство, на которое сильно повлиял естественный отбор. Возникновение государства не было одномоментным актом. Оно растянуто во времени и происходит постоянно, так как некоторые сложные общества распадаются. По Г.Спенсеру, «взаимные столкновения племен, уменьшение и вымирание одних,

⁴⁷¹ Социологическая мысль в России. Очерки истории немарксистской социологии последней трети XIX- начала XX века / Под ред. Б.А.Чагина. Л., 1978. С.7.

⁴⁷² Там же. С.17-19.

⁴⁷³ Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003. С.81.

разрастание и самопроизвольное разделение других, продолжают тянуться из века в век бесконечной чередой. Образование более крупного общества происходит только путем комбинации этих более мелких обществ, причем разделения, вызванные прежними распадами, не стираются вследствие этого процесса. Процесс этот может быть наблюдаем еще и теперь, на различных своих ступенях, у многих нецивилизованных рас, где он происходит так, как он происходил когда-то у предков рас цивилизованных»⁴⁷⁴.

В образовавшемся государстве правительство выполняет функции мозга, управляет всем организмом, используя право как передаваемые мозгом импульсы. Низшие классы общества реализуют внутренние функции государства (обеспечение жизнедеятельности социума), а господствующие – внешние (оборона, завоевание соседних государств). В принципе, давая общую оценку органической теории, следует отметить тот бесспорный факт, что Г.Спенсеру удалось показать на обширном фактологическом материале, накопленном во второй половине XIX в., всю сложность и неоднозначность общества и государства как систем, состоящих из различных соподчиненных органов. Само же терминологическое уподобление государства организму человека необходимо воспринимать аллегорически, исходя из господствовавшего во время жизни и творчества Г.Спенсера естественнонаучного мировоззрения. Большую роль в процессе формирования общества и государства играет окружающая среда, в которой действуют люди. Как отмечают современные социологи, «среда» у Спенсера – широкое понятие, включающее природные условия (первичная человеческая среда), преобразованный совместной деятельностью людей мир природы и социально-культурное окружение, состоящее из надличностных традиций, обычаев, привычек, обрядов, а также других социальных организмов – систем и организаций. Рост значения вторичных, социокультурных элементов среды тоже является одним из критериев прогрессивного хода эволюции»⁴⁷⁵.

Кроме всего прочего, Г.Спенсер по своим политическим взглядам, являлся приверженцем идей классического либерализма. Основные положения классического либерализма сводились к тому, что: деятельность правительства должна базироваться на строго определенных законах; правительство должно уважать частную собственность и свободу заключения договоров между индивидами; индивиды должны нести ответственность за выбор собственного жизненного пути⁴⁷⁶.

По мнению самого Г.Спенсера, «свобода, которой пользуется гражданин, должна измеряться не сущностью правительственного механизма, при котором

⁴⁷⁴ Спенсер Г. Основания социологии. СПб., 1898. Ч.1. С.290.

⁴⁷⁵ История теоретической социологии. В 4-х томах / Отв. ред. Ю.Н.Давыдов. М., 2002. Т.1. С.257.

⁴⁷⁶ Макаренко В.П. Главные идеологии современности. Ростов-на-Дону, 2000. С.12-13.

он живет – будет ли это правительство представительным или нет – но меньшим сравнительно числом наложенных на него ограничений, и что действия этого механизма, созданного при участии или без участия граждан, не имеют либерального характера, если увеличивают стеснения за пределы необходимого числа, чтобы препятствовать всякому прямому или косвенному нанесению вреда, то есть необходимого числа для защиты свободы всякого против посягательства других: эти стеснения можно следовательно назвать отрицательно принудительными, а не положительно принудительными»⁴⁷⁷.

Классический либерализм XIX столетия, разумеется, оказал существенное воздействие на российское образованное общество. К.Д. Кавелин сам придерживался либеральных воззрений на многие аспекты общественной жизни. Однако его либерализм не был безграничным, а, скорее всего, может быть признан «консервативным», так как К.Д. Кавелин пытался построить концепцию, в которой мирно уживались самодержавие и развитое земское самоуправление. В собственно же юридической сфере ученый старался достаточно четко разграничить области публичного и частного регулирования общественных отношений.

Прежде всего, К.Д. Кавелин очерчивает круг вопросов, относящихся к публичному праву, т.е. деятельности власти. Этих вопросов четыре – законодательная, судебная, административная и финансовая деятельность государства. Для их реализации государство наделено соответствующими правомочиями. Как указывает сам К.Д. Кавелин, «закон определяет общие основания и начала публичной и частной жизни и устанавливает обязательные общие правила для публичной и частной деятельности, насколько она выражается во внешних действиях. Суд охраняет закон в его применении к частным случаям, и восстанавливает его, когда он нарушен, разъясняя и выражая его настоящий смысл, когда возникает об этом спор. Администрация удовлетворяет, в условиях и пределах закона, всякого рода ежедневным, текущим потребностям и нуждам общественной, публичной жизни. Для этой отрасли деятельности издаются правительством особые правила, которые, в отличие от законов, называются административными»⁴⁷⁸.

Взаимодействие государства и общества носит органический характер, определяется реальными жизненными потребностями. Потребности же людей могут и фактически проявляются в различных сферах, как государственной (публичной), так и в частной (личной). Взаимовлияние публичного и частного начал осуществляется постоянно, так как социум, по К.Д. Кавелину, есть живой организм, а не сумма его составных частей. Поэтому и необходимо выделять право государственное (публичное) и право гражданское (частное), которые, в рамках того или иного общества, направлены на регулирование отношений между людьми.

⁴⁷⁷ Спенсер Г. Личность и государство. Челябинск, 2007. С.26.

⁴⁷⁸ Кавелин К.Д. Указ. соч. С.82.

С позиций социально-антропологического подхода к праву диалектика публичного и частного начал представляется достаточно важной. Эти сферы правового регулирования именно взаимодействуют и взаимовлияют друг на друга, но не смешиваются. Как отмечает сам К.Д. Кавелин, «публичные элементы могут соприкасаться с частными и действовать на них не иначе, как изменив свой общий вид и раздробившись на единичные действия, которые, в этой форме не имеют уже общего характера и значения, а обращаются в условия, определяющие юридический быт отдельных частных лиц, их деятельность, их отношения; условия эти без сомнения обязательны, но в этом везде они все-таки запечатлены частным, частным характером»⁴⁷⁹. К.Д. Кавелин, как и ряд его современников, придерживался мнения о том, что основой частноправовой сферы является римское право, обладающее огромной притягательностью как для исследователя, так и для юриста-практика.

В российской юридической науке второй половины XIX века начались процессы формирования различных школ права, одной из которых выступала социологическая юриспруденция, представленная такими крупными учеными как С.А. Муромцев и Ю.С. Гамбаров. Их разработки со временем послужили основой формирования собственно антропологического правопонимания. С.А. Муромцев, являясь родоначальником социологии права в России (и одновременно – учеником одного из крупнейших юристов своей эпохи – Р.фон Иеринга), должен занять подобающее место в ходе изучения антропологической теории права, чего, к сожалению, в настоящее время не наблюдается.

Прежде всего, обратимся к задачам юридической науки, которые достаточно четко формулирует С.А. Муромцев. Эти задачи (говоря современным языком) излагаются в антропологическом ключе. Так, по мнению ученого, «правоведению надлежит изучить законы развития той области социальных явлений, которая известна под именем права. При отсутствии одного идеального правового состояния и при постоянной смене форм общественной и юридической жизни, наука должна открыть законы, по которым происходит означенная смена. Право составляет группу явлений среди групп явлений общественной жизни. Наука должна определить отношения, в которых состоят правовые явления между собою, к явлениям других групп и к прочим условиям и факторам общественного развития»⁴⁸⁰.

Таким образом, право признается лишь частью общества, обладая при этом собственной значимостью и особым предметом познания. Юридическая наука, по мысли С.А. Муромцева, решает следующие взаимосвязанные задачи: эмпирическую, т.е. определение того, что есть; теоретическую, т.е. формулирование того, что должно быть (создание идеальной юридической конструкции).

⁴⁷⁹ Кавелин К.Д. Указ. соч. С.83.

⁴⁸⁰ Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С.517.

Осуществление же поставленных задач может быть успешным только в случае применения соответствующих методов познания. Методы эти в конце XIX столетия (по крайней мере в отношении к праву) сводились к историческому и сравнительному. Каких-то специфических правовых методов изучения сферы «юридического» не существовало (и не создано до сих пор).

Как отмечал известный отечественный историк и социолог Н.И. Кареев, «хотя в основе своей научные методы, употребляемые отдельными науками, для всех наук одни и те же, тем не менее каждая наука особенным образом применяет общие логические приемы к своему предмету, именно в зависимости от свойств этого предмета, равно как от характера задач, какие ставятся при его изучении. Недостаточно говорить вообще о логике общественных наук: и здесь возможно некоторое разнообразие. Поэтому и социология должна иметь свою собственную методологию. Между тем если вообще разработка логики общественных наук оставляет желать еще весьма многого, то в частности это с особенным правом можно сказать о логике социологии. Не забудем, что общественные науки могут быть чистыми и прикладными и что чистые науки в свою очередь разделяются на абстрактные и конкретные. Социология есть наука чистая и абстрактная, и этим должна определяться вся ее методология»⁴⁸¹. Если, по мнению такого авторитетного ученого как Н.И. Кареев, методологические основания социологии фактически не разработаны, то, по отношению к социологии права ситуация оказывалась менее критическая. Уже упомянутые ранее исторический и сравнительный методы активно использовались отечественными правоведами несколько десятилетий XIX столетия.

С точки зрения С.А. Муромцева, примером удачного сочетания вышеназванных задач юриспруденции и их разрешения является как раз гражданское право, так как оно ориентируется на реальные запросы и потребности людей, определяется самой общественной и экономической жизнью. Обратим внимание на тот факт, что римское право как раз полностью отвечает вышеназванным задачам юриспруденции. Само римское частное право развивалось вместе с социально-экономической эволюцией общества и изменялось в силу требований торгового оборота или денежного обращения. Как отмечает С.А. Муромцев, детальнейшим образом рассматривая этапы эволюции римского права и юридической науки, «римский юрист трудился на почве конкретной действительности; главным предметом его исследования служили те многообразные положения (казусы), которые возникали в правовой области в том виде, как их создавал или мог создать гражданский оборот. Такой реальной основой обусловливалось, что от юриста не ускользали разновидности различных положений; с необыкновенною чуткостью он воспринимал их особенности и свое ре-

⁴⁸¹ Кареев Н.И. Введение в изучение социологии. СПб., 2008. С.224.

шение приравнивал к данному положению субъекта, объекта и окружающей обстановки. Это – индивидуализм. Он был тесно связан с тем обстоятельством, что в порядке судопроизводства гражданские дела решались судьей-присяжным, юрист же или сообщал окончательную отделку тому, что выходило из самой практики, или же, направляя эту практику, соблюдал ее основной характер»⁴⁸².

В контексте излагаемой нами проблематики, следует обратить внимание на принципы римского права, положенные в основу правопонимания той эпохи в целом, и в деятельность юристов – в частности. Современные романисты и теоретики права в качестве основополагающих принципов римского права указывают следующие: дозволительная направленность правового регулирования отношений в римском обществе; недопустимость неправового вмешательства в частные дела сторон; свобода договоров и частноправовых сделок; равенство правового режима для всех субъектов частного права; неприкосновенность собственности; непрекращающееся развитие права и правовой системы в целом; идея единения, т.е. восприятие права как средства обеспечения жизнеспособности социума (римской общины); идея гармонии, т.е. стремление к истине и справедливости⁴⁸³.

Каждый из вышеназванных принципов «проникал во все нормы и институты римского права в процессе их создания и применения. Именно эти принципы определили общую цивилизационную тенденцию, в силу которой институты классического римского права не только не отмирают, а наоборот, заимствуются правовыми системами современных государств»⁴⁸⁴. Таким образом, римское право приобретало универсальное значение и применимость в самых разных государствах, в том числе и тех, цивилизационные основы которых были далеки от античных традиций. С позиций социально-антропологического подхода к праву особое место занимает такой принцип как непрекращающееся развитие права и правовой системы. Именно на этот аспект римского права обращает внимание С.А. Муромцев. Он предпринимает небезуспешную попытку социологически интерпретировать весь путь развития правовой материи от фактического отношения через интерес к норме права. Ученый совершенно справедливо обращает внимание на определяющую роль социальной среды, в которой формируются межличностные отношения. Так называемые «защищенные отношения первого рода» опираются на взаимопомощь людей. Как утверждает С.А. Муромцев, «при установлении и поддержании громадного числа своих активных отношений человек пользуется так или иначе содействием других людей. Человек выступает в своей деятельности в соединении с несколькими

⁴⁸² Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2006. С.455.

⁴⁸³ Рассолов М.М., Горбунов М.А. Римское право. М., 2009. С.31-36.

⁴⁸⁴ Рассолов М.М., Горбунов М.А. Указ. соч. С.37.

ми или многими другими людьми, что увеличивает его силу в борьбе с препятствиями и раздвигает пределы существования и содержания его отношений»⁴⁸⁵.

В свою очередь, «защищенными отношениями второго рода» выступают различные формы взаимодействия социума (его частей) с индивидуумом. Эти отношения могут носить экономический характер (сбор налогов) или политический (надзор за поведением людей), а в ряде случаев и собственно юридический (предоставление защиты от внешних посягательств). Усложнение социума создает возможность для возникновения иерархически организованных структур, каждая из которых вступает с индивидуумом в определенный вид отношений. Как пишет сам С.А. Муромцев, «в громадном большинстве случаев вместо целого общества действуют его отдельные органы, на которых и ложится роль субъекта и объекта по общественным отношениям. Нередко эти органы выступают именно как представители общественной власти...»⁴⁸⁶.

В любом случае, существующие органы власти или иные социальные образования (родовой союз, коллегия жрецов и т.д.) действуют в целях реализации определенного интереса. Обеспечение же интереса осуществимо в том случае, когда субъект права пользуется защитой общества или государства, т.е. обладает статусом гражданина (члена общины или родового союза)⁴⁸⁷. Как отмечал крупнейший немецкий юрист второй половины XIX столетия Р.фон Иеринг, являвшийся основоположником социологической юриспруденции Запада и учителем С.А. Муромцева, «первоначальная форма отношения государства к частному праву есть форма договорного отношения. Собрание обеспечивает договором свое покровительство, а ищущий принимает условия, с которыми оно его соединяет. И то, и другое, как покровительство, так и эта покупная цена, опирается на свободную волю сторон, здесь отношение, как и при всяком договоре, есть отношение соединения, соглашения. Если имеющий право не нуждается в гарантии народа, то последний не может его ограничивать, только собственная воля имеющего права открывает сферу частного права влиянию государства»⁴⁸⁸.

Следует принять во внимание тот факт, что для большинства социологов XIX – начала XX вв. право предшествует государству, т.е. первоначально оно (право) носит неписаный характер и формируется самим обществом (общиной, родовой группой). Так, один из ведущих социологов дореволюционной России Н.И. Кареев был твердо убежден в том, что «право старше государства, правотворчество началось раньше, чем могла начаться какая бы то ни была, сознательная политика. Обычай складывались сами собою и получали свой автори-

⁴⁸⁵ Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. С.566.

⁴⁸⁶ Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. С.568.

⁴⁸⁷ Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С.68-74.

⁴⁸⁸ Иеринг Р. фон. Избранные труды в 2-х томах. СПб., 2006. Т.2. С.203.

тет не от велений власти. Сами политические отношения властвования, управления, предводительства на войне выливались в обычные формы, которые только позднее стали регулироваться законами государства»⁴⁸⁹.

Защита нарушенного интереса или субъективного права осуществляется, поэтому, в суде, созданном самой общиной. Именно судья в такой ситуации (господство частноправовых отношений) выступает в роли творца права или (по крайней мере) его толкователем. В римском обществе, на примере которого С.А. Муромцев выстраивает свою социологическую концепцию права, обращение в суд было совершенно обыденным делом и (подчеркнем это еще раз) объяснялось наличием развитого гражданского оборота и денежного хозяйства. Следует поэтому признать справедливым суждение современного отечественного романиста В.Н. Яковлева о том, что «римское право своим содержанием, правовыми категориями и технико-правовым «совершенством» соответствовало всем предшествующим и настоящему экономическому, строго капиталистическому способу производства. Это право обслуживает потребности не только рабовладельческого, феодального, но и капиталистического общества. Оно успешно обслуживало и советское социалистическое общество такими важнейшими институтами, какими являются право собственности и обязательственное право»⁴⁹⁰.

Воззрения на римское общество, как капиталистическое, отнюдь не новы. Советские марксисты, много писавшие об эксплуататорском характере античного социума, отчасти заимствовали соответствующие идеи ряда дореволюционных историков, в частности Р.Ю. Виппера⁴⁹¹.

Кроме всего прочего, С.А. Муромцев вполне справедливо обращает внимание на тот факт, что понимание права должно обладать достаточной широтой. Это означает, что к правовой сфере, к форме права относятся не только нормативные акты и деятельность судей (судейское правотворчество), но и многочисленные обычаи, деловые обыкновения, «добрые нравы» и т.д. Как считает ученый, «во-первых, отрицание за обычаями юридического достоинства их не равносильно отрицанию за ними годности быть объектом вообще социологического изучения. Во-вторых, само юридическое исследование не должно ограничивать своего материала одними правоотношениями. Эти последние среди других отношений, находясь в постоянном взаимодействии с ними. Исследователь права не может оставить их без внимания; но из этого не следует, чтобы он назвал их правами»⁴⁹².

⁴⁸⁹ Кареев Н.И. Общие основы социологии. М., 2009. С.107.

⁴⁹⁰ Яковлев В.Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право. М., 2010. С.4.

⁴⁹¹ Виппер Р.Ю. Лекции по истории Греции. Очерки по истории Римской империи. В 2-х томах. Ростов-на-Дону, 1995. Т.1. С.270-285.

⁴⁹² Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. С.643.

В контексте рассматриваемой нами проблематики укажем на то обстоятельство, что в римском обществе, оказавшем огромное влияние на становление европейского правопонимания, восприятие сферы юридического опиралось во многом на концепцию «естественного хода вещей» или «естественного порядка». Право признавалось такой же необходимой частью окружающего мира, как, например, религия, природные циклы и т.д. Именно в этом смысле нужно понимать такое явление, как естественное право (*jus naturale*). Ряд современных исследователей акцентирует внимание именно на этом аспекте римского права как целостной системы социального регулирования⁴⁹³. Действительно, римское государство очень незначительно участвовало в гражданском обороте и развитие права во многом шло «естественным путем», т.е. определялось экономическими интересами субъектов и их реальным статусом. Следовательно, определяющее значение в сфере юридической жизни общества играли отдельные институты права и правопорядок как таковой. Анализируя данную ситуацию, С.А. Муромцев делает вполне обоснованный вывод о том, что «наука интересуется главным образом не отдельными правами (в смысле отношений), но совокупностями многих однородных прав. Таковую совокупность называют правовым институтом. Наука исследует главным образом институты, но не отношения. Вся совокупность прав, существующих в данное время в одном обществе, образует правовой порядок (право в собирательном смысле)»⁴⁹⁴.

По своей внутренней структуре правовой порядок состоит из двух элементов: ряд правовых институтов; правовые отношения, не сложившиеся в институты в силу неразвитости или неукорененности в обществе.

В свою очередь, институты права состоят из юридических норм, представляющих собой правила, реально действующие в данном обществе в определенный период времени. Сам С.А. Муромцев полагал, что «юридическими нормами называются обыкновенно правила, которые, определяя должные пределы и способ юридической защиты отношений, предписываются властью, регулирующей правовой быт народа: так называемым сознанием общества (обычное право), законодателем (закон), юристами (право юристов)»⁴⁹⁵. Юридические нормы, действующие в обществе и принимаемые им, обладают высокой авторитетностью для субъектов права, опирающейся не только на добровольное выполнение предписаний, но и на возможность государственного принуждения.

С.А. Муромцев, как один из основателей социологии права в России, не мог не обратить внимания на такую важную (с социально-антропологической

⁴⁹³ Иванов А.А. Римское право. М., 2008. С.100; Кашанина Т.В. Частное право. М., 2008. С.29-30.

⁴⁹⁴ Муромцев С.А. Избранные труды. С.650.

⁴⁹⁵ Муромцев С.А. Избранные труды. С.651.

точки зрения) деталь, как механизм действия (или бездействия) нормы. По сути, речь идет о легитимации правового порядка, сложившегося в определенный исторический период. Прежде всего, юридическая норма должна соотноситься с менталитетом людей, определенным уровнем социально-экономического развития общества и быть необходимой и нужной в процессе межличностного общения. Нормы создаются людьми. Как отмечает известный российский философ В.В.Бибихин, «поскольку форма права была главным предметом охранения и телесным участием в строгом исполнении этой формы, святой и угодной богам, человек втягивался в соблюдение как договора, «закона для двоих», так и принятого им самим на народном собрании закона, содержание права могло быть изменено, переопределено с тем большей гибкостью, чем строже соблюдалась форма. Школой римского права, в которой Европа училась и учится, были не привязанные к месту и времени нормы, которые даже в самом Риме менялись»⁴⁹⁶. Цель притяжения нормы – обеспечение интересов, вне сферы действия которых правовое регулирование утрачивает смысл.

Отчасти концепция С.А. Муромцева опиралась на построения исторической школы права, которая, как мы не раз уже подчеркивали, в лице Савиньи и Пухты была господствующей в немецкой юриспруденции XIX столетия и, в свою очередь, оказала сильное воздействие на российскую юридическую науку (учитывая тот факт, что практически вся отечественная профессура получила либо совершенствовала свои познания о праве, опираясь на опыт и помощь германских университетов, в которых, в частности, осуществлялась их стажировка и написание магистерских или докторских диссертаций). Социологическая школа права не была исключением и ее значимость подкреплялась авторитетом немецких ученых. Как отмечает в связи с этим В.А. Белов, характеризуя в целом достижения социологической юриспруденции, основной ценностью ее наработок является признание «творцом права не законодателя, но участников общественных отношений, а в случае возникновения меж ними спора – судьи, располагающего возможностью постановить решение не только в рамках применения закона или восполнения законодательного пробела, но и несмотря на указание положительного закона, а в ряде случаев и вопреки его предписаниям»⁴⁹⁷.

Между социологической и исторической школами, по нашему мнению, нет каких-либо непреодолимых барьеров, так как оба эти направления (в духе своего времени) старались отталкиваться от реальной жизни. Так, Г.Ф. Пухта считал, что «отдельные юридические положения, образующие право народа, находятся между собой в органической связи, объясняющейся прежде всего возникновением их из народного духа, ибо единство этого источника распро-

⁴⁹⁶ Бибихин В.В. Введение в философию права. М., 2005. С.222.

⁴⁹⁷ Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т.1. Введение в гражданское право. М., 2011. С.82.

страняется на все им произведенное. Этим не исключается несогласие, прерывающее гармонию отдельных частей права, так как и дух народа подвержен разрушающим симптомам, как бы болезни; легче всего это может случиться от неосторожных действий законодательной власти, когда законодатель должную энергию заменяет произвольным нерадением, быстрое содействие – импровизацией юридических постановлений»⁴⁹⁸. Отсюда – крайне скептическое отношение исторической школы к правотворческой деятельности государственной власти и противодействие кодификации германского права. Вместо этого – приоритет правовых обычаев, что создало очень любопытную в юридическом смысле ситуацию: в правовой системе современной Германии, как мы показывали в соответствующем месте, правовые обычаи действуют наряду с законами, а в некоторых случаях им (обычаям) отдается предпочтение (если нормативный акт вышел за пределы собственной сферы регулирования).

Таким образом, правовые обычаи в Германии сохранили свою значимость и в наши дни. Как отмечал С.А. Муромцев, «в силу объективизма, т.е. в силу склонности придавать долго просуществовавшему порядку вещей и идее некоторое самобытное, подчас даже как бы священное, значение – образуется особого рода консерватизм, который сохраняет в неприкосновенности формулу отжившей нормы, допуская впрочем необходимые отступления от нее на практике. Таким образом, то или другое предписание продолжает выдаваться за юридическую норму, тогда как на практике оно вполне или отчасти не выполняется: юридическая практика не защищает того порядка вещей, который предписан в норме, а какой-либо иной, иногда даже прямо противоположный ему»⁴⁹⁹.

П.В. Лано

Эволюция западноевропейских представлений о праве в Латино-Иерусалимском королевстве (1099-1291)

Представления о праве в Западной Европе к концу XI в., в период безраздельного господства христианской (католической) религии в умах людей любого социального положения, следует рассматривать как то, что в современной юридической науке обозначается традиционным естественным правом. Его положения, изначально сформулированные в IV в. до н.э. Аристотелем и впоследствии развитые в V н.э. Августином Блаженным (а в XIII в. – и

⁴⁹⁸ Пухта Г.Ф. Из работы «Энциклопедия права» // История философии права. СПб., 1998. С.342-343.

⁴⁹⁹ Муромцев С.А. Избранные труды. С.653.

Фомой Аквинским), предполагали божественное происхождение права, единство теоретического и практического, возможность выводить должное из сущего, норму из факта, и т.п.; оно воплощало в себе ценности добра и справедливости⁵⁰⁰. Признавалась и возможность существования позитивного права, подчиненного божественному, однако установленные законодателем правила и порядки, законы и учреждения могли быть истинно правовыми только в том случае, если они удовлетворяли требованиям справедливости и служили добру⁵⁰¹. Как и в описанной выше теории, на практике значительно большим влиянием располагало право «божественного происхождения», т.е. каноническое (чьими источниками служили Священное Писание, учение Отцов Церкви, постановления церковных соборов и т.д.), куда более развитое, чем позитивное, т.е. феодальное (мирское) право, объединявшее в себе большое число разрозненных правовых обычаев, с одной стороны, и немногочисленные результаты законотворческой деятельности в форме королевских и сеньориальных актов.

Хотя с момента создания «*De Civitate Dei*» (ок. 413-427) и вплоть до конца XI в. представления о природе права не претерпели сколько-нибудь существенных изменений (взгляды Августина в полной мере поддерживались непререкаемым авторитетом католической церкви), понять, что оно собой представляло⁵⁰² на деле, можно только путем анализа его роли⁵⁰³ в жизни средневекового западноевропейского общества. Между тем, значение права как воплощения и, тем самым, мерила справедливости и добродетели⁵⁰⁴, т.е. важнейшего регулятора общественных отношений⁵⁰⁵, в указанный период неуклонно снижалось. Этот процесс начался с момента падения Западной Римской Империи, которое стало причиной постепенного «забвения» писаного римского права, уже в VI в. известного скорее по Бревиарию Алариха II 506 г., чем по классическим трудам предыдущих столетий. Он продолжился после создания «варварских правд» в V-VII вв.⁵⁰⁶, ставших опорой для последующего королевского законодательства во Франции, Италии и Германии⁵⁰⁷, но не сумевших остановить распространение обычного права, изначально ха-

⁵⁰⁰ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М.: Прометей, 1999. С. 36, 39.

⁵⁰¹ Там же. С. 11.

⁵⁰² Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник. М.: Изд-во Проспект, 2004. С. 64.

⁵⁰³ В данном случае под «ролью права» понимается его значение в жизни общества и государства на определенном этапе их развития (Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. М.: Юрист, 2001. С. 84), в данном случае – на рубеже Раннего и Высокого Средневековья.

⁵⁰⁴ Мальцев Г.В. Понимание права. С. 11.

⁵⁰⁵ Общая теория права и государства. С. 84, 86.

⁵⁰⁶ История Европы. М.: Наука, 1992. Т. 2. Средневековая Европа. С. 69, 71, 113.

⁵⁰⁷ Давид Р. Правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. С. 18; Аннерс Э. История европейского права. М.: Наука, 1994. С. 128.

ракторного для германских племен⁵⁰⁸. Таким образом, к концу XI в. о господстве права, присущем древнеримскому периоду, говорить уже не приходилось. Несомненно, более важное значение, чем право, имел в эту эпоху арбитраж, который стремился не столько предоставить каждому то, что ему принадлежит по справедливости, сколько сохранить солидарность группы, обеспечить мирное сосуществование между соперничающими группами и установить мир в обществе. Был отброшен сам идеал общества, основанного на праве, на смену ему пришли идеи братства и милосердия⁵⁰⁹.

Именно эти особенности характеризовали тот «правовой багаж», который понесли с собой в Святую землю участники Первого Крестового похода (1096-1099). Оказавшись за пределами привычного для себя мира, испытывая трудности и лишения долгого и отнюдь не безопасного пути, в условиях, когда иные социальные регуляторы, в первую очередь, мораль, уже не в состоянии были выполнять присущие им функции, крестоносцы быстро осознали, что только право может выступить реальным гарантом порядка и справедливости. Первым свидетельством этому служит нормотворческая активность предводителей Похода. В 1098 г. во время затянувшейся (9-месячной) осады Антиохии они приняли ряд положений, призванных ограничить разрастающийся беспорядок в войсках. Под страхом смертной казни (*sub pena mortis*) были запрещены прелюбодеяние (*adulteria*), разврат (*fornicatio*), азартные игры (*alearum ludum*), принесение недобросовестной клятвы (*incautum juramentum*). Аналогичным образом карались воровство (*furtum*), грабёж (*rapina*), обмеривание и обвешивание (*mensura fraudem*) при торговле⁵¹⁰. Именно эти запреты, подкрепленные пока только авторитетом знати и церкви, стали первым шагом на пути к возрождению роли права в том осколке западноевропейского общества, который представляли собой крестоносцы.

В первые месяцы после основания Латино-Иерусалимского королевства на его территории получили распространение положения обычного права и правовые традиции тех регионов Европы, откуда происходили оставшиеся в Святой Земле участники Первого Крестового Похода. Тем самым, характерные для Запада партикуляризм и Willelmi Tyrensis Archiepiscopi Chronicon превалирование обычного права над писаным получили распространение и в государстве крестоносцев. Однако уже при первых правителях королевства, Готфриде Бульонском (1099-1100) и короле Балдуине I (1100-1118), началось создание законодательных актов (ассиз), основной свод которых впоследствии стал известен как *Les Letres dou Sepulcre*, или Письма Гроба Господня, названные так по месту своего

⁵⁰⁸ Аннерс Э. История европейского права. С. 127.

⁵⁰⁹ Давид Р. Правовые системы современности. С. 18

⁵¹⁰ (Historia Rerum in Partibus Transmarinis Gestarum) / ed. R.B.C. Huygens. Corpus Christianorum Contunatio Medievalis. 63-63 A. Turnholt: Brepols, 1986. IV, 22. P. 264.

хранения⁵¹¹. Данные акты были немногочисленны и не систематизированы; в основном они касались имущественных споров и уголовных преступлений, многие иные вопросы оставались в сфере регулирования обычного права. Однако королевская власть стремилась к повсеместному распространению и единообразному применению ассиз, тем самым постепенно укрепляя авторитет права в глазах общества.

Идея о том, что «только право может обеспечить порядок и безопасность, которых требует божественный замысел»⁵¹², обрела в Латино-Иерусалимском королевстве жизнь по иным причинам, чем в Западной Европе. В основе ее лежало не культурное возрождение, начавшееся благодаря первым университетам⁵¹³, а необходимость сохранения собственного существования, которое находилось под постоянной внешней угрозой со стороны окружающих мусульманских государств. Именно право, как показывает история королевства, стало той опорой, которая позволила ему достаточно долго выстоять в непростых для себя условиях.

Несмотря на вышеуказанные различия, процессы возрождения права на Западе и в государстве крестоносцев были схожи, ибо и в том и в другом случае весомая роль была отведена римскому праву. Однако в отличие от Западной Европы, где его рецепция стала возможна благодаря работе глоссаторов⁵¹⁴, в Латино-Иерусалимском королевстве этот процесс был обеспечен контактами с Византийской империей, основу права которой составлял Кодекс Юстиниана. Прямое влияние Кодекса и других источников византийского права прослеживается уже в Наблусских канонах 1120 г., принятых при третьем правителе Иерусалима, Балдуине II (1118-1131)⁵¹⁵. Их содержание указывает также на то, что первые ассизы были не в состоянии создать господство права, необходимое для поддержания правопорядка в королевстве. В канонах рассматривались такие преступления, как нарушение церковных обетов, прелюбодеяние, содомия, двоеженство, нарушение запрета на ноше-

⁵¹¹ Livre de Philippe de Navarre // Recueil des Historiens des Croisades / publ. par le comte Beugnot. Paris: Imprimerie Nationale, 1843. Lois. T. I. Assises de Jerusalem ou Recueil des ouvrages de jurisprudence composés pendant le XIII-e siècle dans les royaumes de Jerusalem et de Chypre. T. I. Assises de Haute Cour. Ch. XLVII. P. 521-522 ; Edbury P.W. Law and Custom in the Latin Kingdom: Les Lettres du Sepulchre // Kingdoms of the Crusaders: From Jerusalem to Cyprus. Aldershot: Ashgate, Variorum Collected Series Studies, 1999. P. 71-75.

⁵¹² Давид Р. Правовые системы современности. С. 19.

⁵¹³ Там же.

⁵¹⁴ Давид Р. Правовые системы современности. С. 20, 21.

⁵¹⁵ Рецепция византийского (а через него – и римского) права, а именно – отдельных положений *Эклоги*, *Прохирона*, *Эпанагоги*, *Василик* и *Новелл* Юстиниана, имела место в случае канонов IV-XV, XVII-XIX, XXII, XXIII (и частично XXIV-XXV). См.: Kedar B.Z. On the origins of the earliest laws of Frankish Jerusalem // The Crusades. Critical Concepts in historical studies / ed. by A. Jotischky. London and New York: Routledge, 2008. Vol. IV. Crusading Cultures. P.133-136, 149.

ние христианской одежды мусульманами, грабеж. При этом они не содержали положений феодального права, а потому не стали частью Писем Гроба Господня и действовали как самостоятельный источник права.

Принятие Наблусских канонов ознаменовало следующую ступень на пути к утверждению права как гаранта порядка и безопасности в государстве крестоносцев. Однако этот документ, несмотря на богатство содержания, был принят только для решения насущных проблем, накопившихся в королевстве к моменту его создания, и потому не мог служить единственной полноценной опорой государства. Роль последней продолжали играть дополняемые новыми ассизами *Les Letres dou Sepulcre*.

Идея о праве как гаранте порядка и справедливости могла быть воплощена в жизнь полностью только в том случае, если бы в правовом поле оказались представители всех социальных групп, составлявших население Латино-Иерусалимского королевства. Помимо собственно крестоносцев (в число которых входило и духовенство с его каноническим правом) к ним относилось многочисленное мусульманское и восточнохристианское население⁵¹⁶, а также представители различных западноевропейских государств, в первую очередь, итальянских морских республик, которые претендовали на некоторую автономность в собственных делах. Именно поэтому в первой четверти XII в. (т.е. одновременно с созданием собственного законодательства) крестоносцами были предприняты важные шаги по включению в латино-иерусалимскую «правовую систему» институтов мусульманского, восточнохристианского (сирийского)⁵¹⁷ и иудейского права, а также законов и обычаев Венеции, Генуи и Пизы. В первом случае речь шла о внедрении вышеуказанных институтов в практику отдельных органов местного самоуправления⁵¹⁸, под юрисдикцией которых находились соответствующие социальные группы мусульманское, восточнохристианское и иудейское население⁵¹⁹. Что

⁵¹⁶ Ellenblum R. *Frankish Rural Settlement in the Latin Kingdom of Jerusalem*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 31 ; Prager J. *Colonization Activities in the Latin Kingdom of Jerusalem* // *Revue belge de philologie et d'histoire*. 1951. № 4. P.1082-1086; id. *The world of the crusaders*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1972. P.54.

⁵¹⁷ Сирийцами (лат. *sugiani*) крестоносцы обозначали арабов-христиан, принадлежавших к греческой православной церкви во главе с константинопольским патриархом. Собственно «сирийцами» являлись немногочисленные приверженцы Сирийской Ортодоксальной Церкви, более известные как яковиты.

⁵¹⁸ La Monte J. *Feudal Monarchy in the Latin Kingdom of Jerusalem, 1100-1291*. Cambridge: The Mediaeval Academy of America, 1932. P. 108 ; Prager J. *The world of the crusaders*. P. 81; Riley-Smith J. *Some lesser officials in Latin Syria* // *The English Historical Review*. 1972. № 342. P.4-6 ; id. *The Feudal Nobility and the Kingdom of Jerusalem, (1174-1277)*. London: Macmillan, 1973. P. 90.

⁵¹⁹ John of Ibelin. *Le Livre des Assises* / ed. by P.W. Edbury. Leiden: Brill, 2003. Prologue. P. 54-55; Nader M. *Burgesses and Burgess Law in the Latin Kingdom of Jerusalem*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2008. P.159 ; Riley-Smith J. *The Feudal Nobility*. P.89, 90

касается итальянцев, то путем заключения ряда соглашений⁵²⁰ с крестоносцами они получили возможность судиться по собственным законам, только в отдельных случаях находясь под юрисдикцией латино-иерусалимского права.

К концу 1180-х гг. благодаря активной внутренней политике верховной власти (в этом отношении государство крестоносцев больше напоминает современную ему Англию⁵²¹, чем страны западноевропейского континента) латино-иерусалимское право значительно укрепило свои позиции по сравнению с той ситуацией, в которой оно находилось в начале века. Действие права распространялось на все население королевства, т.к. в «правовой системе» гармонично соседствовали западноевропейские и ближневосточные правовые институты. Сочетая в себе «божественное» и позитивное начала, латино-иерусалимское право в высокой степени соответствовало требованиям справедливости, описанным в труде Августина. Свидетельством этому служат крайне редкие упоминания источников XII в. о недовольстве различных слоев населения действовавшими законами и обычаями.

После падения Иерусалима (1187 г.) и завоевания большей части территории Латино-Иерусалимского королевства его правовое наследие, представленное, в первую очередь, Письмами Гроба Господня, оказалось утрачено. Однако после окончания Третьего Крестового похода (1189-1192) новую жизнь вместе с возрожденным королевством обрела и прежняя идея о справедливом праве. Уже в период между 1198 и 1205 гг. по инициативе верховной власти во Втором Латино-Иерусалимском королевстве была предпринята попытка воссоздать основы прежней «правовой системы» путем записи ранее действовавших законов и правовых обычаев. Эта реконструкция утраченных «*Les Letres dou Sepulcre*», получившая название «*Livre au Roi*»⁵²² («Книга королю») и содержащая множество отсылок к ассизам 1099-1187 гг., по мнению М. Гранклода, Ж. Ришара⁵²³ и Дж. Райли-Смита, была проведена с учетом ситуации, современной автору⁵²⁴. Кроме того, свои позиции в латино-иерусалимской «правовой системе» сохранили все прочие элементы, т.е. каноническое, «местное» и итальянское право.

⁵²⁰ Regesta Regni Hierosolymitani (MXCVII-MCCXCI). Additamentum / ed. R. Rörich. Innsbruck: Libreria Academica Wagneriana, 1904. №43. P. 10; Willelmi Tyrensis Archiepiscopi Chronicon. X, 13. P. 468; X, 27. P. 487; XI, 10. P. 509-510; XI, 13. 515-516; XII, 25. P. 577-581.

⁵²¹ Рене Д. Правовые системы современности. С.19.

⁵²² Livre au Roi // Recueil des Historiens des Croisades / publ. par le comte Beugnot. Paris: Imprimerie Nationale, 1843. Lois. T. I. Assises de Jerusalem ou Recueil des ouverges de jurisprudence composees pendant le XIII-e siècles dans les royaumes de Jerusalem et de Chypre. T. I. Assises de Haute Cour. P. 601-645.

⁵²³ Ришар Ж. Латино-Иерусалимское королевство. СПб: Евразия, 2002. С. 90; Grandclaude M. Étude critique sur les Livres des Assises de Jérusalem. Paris: Jouve, 1923. P. 50.

⁵²⁴ Riley-Smith J. The Feudal Nobility. P. 155.

Свидетельствами дальнейшего развития идеи о праве как гаранте общественного порядка и справедливости стали записи действовавшего законодательства, созданные представителями знати Филиппом Новарским⁵²⁵ и Жаном Ибелином⁵²⁶ в середине XIII в. Так, Ибелин во введении к своему труду центральную роль в создании латино-иерусалимского права отводит Готфриду Бульонскому. Согласно автору «Книги ассиз», после взятия Иерусалима «*по совету патриарха святой церкви Иерусалимской, князей и баронов, и наиболее сведущих людей*»⁵²⁷ он повелел узнать у крестоносцев обычаи их земель. На основе этих сведений и были созданы «*ассизы и обычаи для того, чтобы соблюдать, хранить и использовать их в королевстве Иерусалимском*»⁵²⁸. Кроме того, Готфрид и его наследники постановили, чтобы на сирийцев распространялось действие их собственного права⁵²⁹. Таким образом, были учтены интересы и местного населения (пусть и частично). Впоследствии Ибелин неоднократно ссылается и на законодательные акты других правителей Иерусалима, в частности, Амори I (1163-1174)⁵³⁰. Аналогичным образом действует и Филипп Новарский⁵³¹.

Для вышеуказанных авторов короли-законодатели XII в., и особенно Готфрид Бульонский, личность поистине легендарная⁵³², были непререкаемыми авторитетами. Поэтому их ассизы были не только сохранены, они стали образцом «справедливого права», на который ориентировались правители Иерусалима в XIII в. в своей нормотворческой деятельности.

Результаты длительной эволюции представлений о праве в Латино-Иерусалимском королевстве и в Западной Европе к концу XIII в. были аналогичны – оно рассматривалось как основной гарант социального порядка. Однако в государстве крестоносцев этот процесс происходил совершенно иначе, чем на Западе. Особенности его были обусловлены сложной геополитической и социальной обстановкой, в которой возникло Латино-Иерусалимское королевство. Именно благодаря ей, а не развитию культуры, как в западноевропейских государствах, крестоносцы сумели понять истинную роль права, и

⁵²⁵ Livre de Philippe de Navarre // Recueil des Historiens des Croisades / publ. par le comte Beugnot. Paris: Imprimerie Nationale, 1843. Lois. T. I. Assises de Jerusalem ou Recueil des ouverges de jurisprudence composees pendant le XIII-e siècles dans les royaumes de Jerusalem et de Chypre. T. I. Assises de Haute Cour. P. 469-573.

⁵²⁶ John of Ibelin. Le Livre des Assises / ed. by P.W. Edbury. Leiden: Brill, 2003.

⁵²⁷ Ibid. Prologue. P. 51-52: «...par le conseil dou patriarche de la sainte yglise de Jerusalem et par le conceill des princes et des barons et des plus sages homes...».

⁵²⁸ Ibid. Prologue. P. 52: «...assises et usages que l'on deust tenir et maintenir et user el roiaume de Jerusalem...».

⁵²⁹ Ibid. Prologue. P. 54-55.

⁵³⁰ Ibid. Ch. 97. P. 254-257 ; ch. 216. P. 560.

⁵³¹ Livre de Philippe de Navarre. Ch. X. P. 483 ; ch. XXIX. P. 503-506 ; ch. L. P. 526.

⁵³² Willelmi Tyrensis Archiepiscopi Chronicon. IX, 2. P. 423; IX, 5. P. 425-426.

приложили все усилия, дабы укрепить его положение. Для достижения этой цели ими были задействованы все доступные правовые «ресурсы». Представление о праве как воплощении добра и гаранте справедливости и безопасности, изначально возникшее в Латино-Иерусалимском королевстве в XII в. только в силу необходимости, столетие спустя стало основой естественного порядка вещей.

У.А. Азизов

Историческая роль наказания в процессе правового регулирования общественных отношений

Наказание - очень сложный правовой институт, который в различные исторические периоды видоизменялся и всегда выступал как основной инструмент борьбы с правонарушениями. О правовом регулировании этого института, как основного средства воздействия и противостояния общественно опасным деяниям и несправедливым отношениям, говорится в исторических, религиозных и правовых источниках. Проблемами наказания занимались ученые различных направлений науки - философии, социологии, истории, юриспруденции и др. Их актуальность сохраняется до сих пор.

Согласно ст. 46 Уголовного кодекса Республики Таджикистан, «наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда. Оно применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренном настоящим Кодексом лишении или ограничений прав и свобод этого лица»⁵³³.

В различные периоды исторического развития наказания характеризовалось по-разному. Во многом это характеристика зависела от религиозного миропонимания, социально – экономических и политических условий жизни общества. Со временем понимание наказания и практика его применения менялись. Например, в авестийские нормы, определяющие критерии оценки наказуемых деяний, сфокусировали в себе и мифологические, и религиозные, и этические, и моральные, и правовые предписания. Естественно, наказания, применяемые к соответствующим деяниям, приобретали такой же характер⁵³⁴. В зороастрийский период наказание вначале было реакцией общества на преступные деяния, а позднее, с возникновением и формированием государственных структур, оно обрело уже правовую форму. Можно утверждать, что преступления и наказания в древних государствах были прямо связаны с обычаями, традициями и религиозными нормами, принципами тому или иному обществу, народу, нации.

⁵³³ См.: Уголовный кодекс Республики Таджикистан. Душанбе, 2012.

⁵³⁴ См.: Азизов У.А. Становление и развитие институтов преступления и наказания на территории дореволюционного Таджикистана. Душанбе, 2014. С.148.

Говоря о религиозности применяемых наказаний в древнем обществе, О.М. Косвен отмечает, что «любое противоправное деяние в какой-то части затрагивало и религиозные интересы членов древнего общества, и, согласно учениям этой религии, санкции первобытного общества всегда поддерживались религиозными, сверхъестественными силами»⁵³⁵.

Поскольку в древности и средневековье основные правовые системы данных периодов имели религиозный характер, воплощением принципа справедливости за совершение правонарушения выступал Бог. Именно на религиозной основе различались в те далекие времена земные и загробные наказания. При этом под наказанием понимались воздаяние или расплата за совершение грехов в жизни. Таким образом, согласно религиозным нормам, людям грозит ответственность не только перед земными судами, но и перед судом Божьим.

В истории права таджиков, которое в дореволюционный период имело явно выраженный религиозный характер, тоже были нормы предусматривающие наказания за содеянное в загробной жизни. Например, согласно учениям зороастризма, лица, отступившие от своей религии, погасившие огонь Бахрама, совершившие мужеложство, убийство выдры, воровство, нарушившие условия договора хранения и другие проступки и преступления, назывались «буридапулами», т.е. людьми, которым отрезан путь по мосту Чинват, ведущему в рай⁵³⁶.

В других источниках также говорится о потусторонних наказаниях, например, в Ардавиrafoме: «Видел в аду мужчину, который висел, и пятьдесят человек беспощадно избивали его кнутом. Спросил: «Кто этот мужчина?» Ответили: «Этот мужчина в своей жизни был царем, который несправедливо правил»⁵³⁷.

Как известно, одним из древнейших способов доказывания в судебных разбирательствах было участие божественных сил в разрешении определенных споров, которые возникали на бытовом уровне между людьми.

Ордалия, как способ и метод расследования противоправного поведения и один из видов наказания, имела место во всех древних обществах, в том числе на территории исторического Таджикистана. Она использовалась для вынесения справедливого решения в случае определенного спора между членами общества.

Способ доказывания виновности через привлечение природных сил упоминается почти во всех исторических памятниках культуры и права таджикского народа. Наши предки в основном использовали два вида ордалии – горячую

⁵³⁵ См.: Апресян Р.Г. Талион и золотое правило: критический анализ сопряженных контекстов // Вопросы философии. 2001. №. 3. С.72-73.

⁵³⁶ См.: Халиков А.Г. Правовая система зороастризма (древнее право). Душанбе, 2005. С. 371.

⁵³⁷ См.: Ардавиrafoма: рай и ад в маздаяснийской религии / Пер. и введ. Рахима Орифа. - Тус, 1994. С. 45 (на перс.яз.).

(огнем, расплавленным металлом) и холодную (водой, священным опьяняющим напитком – хаомой, барсама или другой ядовитой жидкостью)⁵³⁸.

О некоторых видах ордалии упоминается в Авесте, в «Шахнаме», «Шай-аст-на-шайаст» (Дозволенное-недозволенное) и других источниках литературы и религии таджикского народа. Известный исследователь зороастрийского общества и его верований Хашим Рази пишет об использовании 30 видов ордалии⁵³⁹, а другой исследователь - И.Б. Буриев - говорит о применении 33 её видов⁵⁴⁰.

Еще одной особенностью понимания наказания в древние времена, в том числе на территории исторического Таджикистана, являлось то, что оно понималось как возмездие: око за око, зуб за зуб, что считалось почти мезтью за содеянное. В древности правило талиона исходило из миропонимания человека глубокого знания людей того периода, это правило противопоставлялось безмерному отмщению за совершенное преступление. Необходимо отметить, что кровная мезть в древности применялась по отношению к «чужакам» и не разрешалась внутри рода или племени. Во все периоды применение этого вида наказания служило своего рода регулятором конфликтных отношений и противостояний между членами общества⁵⁴¹.

Суть применения закона талиона заключалась в том, что он имел ограничивающий характер в применялся как равное воздаяние к совершенное деяние. Древний обычай таджиков и особенно зороастрийская правовая система обязывали к соблюдению соразмерности наказания и его последствий с нанесенным ущербом и от деяний и имели в основном запрещающий характер.

Например, согласно Авесте и зороастризму соблюдение и выполнение предписаний законов считались священным делом, так обеспечивались правопорядок и совершение правомерных поступков. В основе правопорядка в обществе и блага людей лежало соблюдение законности. Из вышеизложенного следует, что Авеста всегда отдавала предпочтение истине, называя её наилучшим благом⁵⁴².

Карательная политика в древних государствах таджиков проводилась на основе принципа неотвратимости наказания за несправедливые деяния. Сам термин «преступление» в данный период не использовался. Под наказуемыми

⁵³⁸См.: Авесто: Кухантарин сурудахои Эрони бостон = [Авеста: Старинные гимны древнего Ирана] / Гузориш ва пажӯиши Љалили Дустхоъ. Душанбе : Конуният, 2001. С. 612 (на тадж. яз).

⁵³⁹См.: Рази Хашим. Авеста. Тегеран: «Бехджд», 1379х./2000. 56 с. (на перс. яз.).

⁵⁴⁰См.: Буриев И.Б. История государства и права Таджикистана. Т. 1, ч. 1-2 (от древнейших времен до начала XX века). Душанбе: Ирфон, 2007. С. 67.

⁵⁴¹См.: Апресян Р.Г. Талион и золотое правило: критический анализ сопряженных контекстов. С.72-73.

⁵⁴²См.: Авеста. Избранные гимны / Пер. с авест. и коммент. проф. И.М. Стеблин - Каменского. Душанбе: Адиб, 1990. С. 147.

деяниями понимались главным образом поступки, идущие вразрез со справедливостью. Справедливость и культура в таджикской цивилизации имеют глубокую и древнюю историю, о чем много говорилось в национальной зарубежной литературе⁵⁴³. При этом справедливость трактовалась как религиозно-нравственная категория. Наказуемость деяния определялась по следующим критериям: «справедливо – несправедливо», «правда – неправда», «правдивость – лживость» и др. Главным признаком наказуемого деяния выступало причинение вреда. Таким образом, под преступлением (в современном смысле этого слова) понималось наказуемое деяние, наносящее вред. Причем определение степени наказуемости деяния и нанесенного им вреда входило в круг полномочий самого ахеменидского царя. В указанный период вместо термина «наказание» применялся термин «воздаяние». Проводился также принцип «воздаяния в меру причиненного им вреда».

В доказательство указанных суждений можно сослаться на следующее высказывание Дария, зафиксированное в исторической надписи на скале Накши Рустам: «По воле Ахура-Мазды, я – такого нрава, что для правдивого я – друг, для несправедливого я – недруг. Не таково мое желание, чтобы слабый терпел несправедливость ради сильного, но и не таково мое желание, чтобы сильный терпел несправедливость ради слабого. Мое желание – справедливость. Лживому человеку я не друг. Я не вспыльчив. Когда я во гневе, я твердо держу это в своей душе, я твердо властвую над собой. Человеку, который содействует мне, я воздаю в меру причиненного им вреда. У меня нет желания, чтобы человек вредил, и нет желания, чтобы, если он не вредил, он не был бы наказан»⁵⁴⁴.

В другом месте Накширустамской надписи говорится: «Каждый, кто нанес своими деяниями вред другому, тот, в соответствии с нанесенным вредом, наказывался. И не было случая, чтобы лицо за нанесенный вред другому не подверглось наказанию»⁵⁴⁵.

Такая традиция применения наказания особо узаконивалось в мусульманском праве. Например, именно такого характера имело наказание категории «кисас». Он применялся за совершение преступлений, имеющих насильственный характер против личности, в основном за совершение преступлений - убийство (кетл) и ранение (джерях).

Абсолютное большинство видов применяемых наказаний были телесными и отличались жестокостью. Люди, имеющие богатство, могли расплатиться

⁵⁴³См.: Саъдизода Дж., Некрузи Ф. Декларация Кира Великого и Великая хартия вольностей: сходство и различия // Правовая жизнь. Душанбе. 2015. № 2 (10). С.71-85 (на тадж. яз.).

⁵⁴⁴См.: Хрестоматия по истории Древнего Востока: учеб. пособие: в 2 ч. / Под ред. М.А. Коростовцева, И.С. Кацнельсона, В.И. Кузищина. М., 1980. Ч. 2. С. 37.

⁵⁴⁵См.: Хрестоматия по истории Древнего Востока. С. 148.

за совершенное деяние имуществом. Иначе к ним тоже применялись телесные наказания. Обычно наказания исполнялись публично. Это имело свое объяснение: согласно пониманию древних и средневековых народов, именно в этом проявлялось функция предупреждения. А в некоторых местах публичное исполнение наказания превращалось в увеселительное зрелище. Оно производилось в публичных местах - на площадях и др.

Смертная казнь, как самое древнее наказание, предусматривалась за совершение многих преступлений - против жизни и здоровья, сил природы и животного мира, собственности, семьи, власти, а также за преступления, имеющие религиозно-нравственный характер. В большинстве случаев наказывали смертью за совершение преступления против власти, оказание неуважения к личности царя и его близких, за выступление против царя или покушение на его жизнь и т.д.

Свидетельством жестокости наказания является наличие таких наказаний, как сдираание кожи с человека, лишение зрения, нанесение телесного увечья и клеймение особенно чувствительных частей тела и т.д.⁵⁴⁶

Другой группой наказаний, широко применяемых в авестийский период, считались телесные наказания. Анализ норм Авесты и других религиозно-правовых источников показывает, что большинство применяемых наказаний в этот период имел основном телесный характер. Данные виды наказаний могли заменяться штрафами и выкупами. Минимальное наказание за причинение вреда здоровью человека в виде ударов посохом и плетью составляло от пяти ударов⁵⁴⁷ или трёх ударов плетью⁵⁴⁸. Максимальное наказание в виде ударов посохом и плетью за совершение некоторых преступлений превышало несколько тысяч ударов. Например, за убийство выдры в Вендидаде предусматривалось наказание в 10 тысяч ударов плетью и 10 тысяч ударов посохом, а вместе – 20 тысяч ударов⁵⁴⁹.

Все виды телесных наказаний были направлены на причинение физической боли и страданий. По подсчётам специалистов, более 90% наказаний, предусмотренных Авестой, составляли удары плетью и посохом⁵⁵⁰.

Например, по ахеменидским законам, если человек поднял руку на отца и ударил его, то ему отрубали руку. Свидетелю, давшему ложные показания, отрезали язык. Человека, обвинявшегося в клевете, или же обвинившего другого в совершении преступления, однако не смогшего доказать его вину, самого

⁵⁴⁶ См.: Галезари Али Аббас. Становление и развитие институтов преступления и наказания в истории права Ирана. Автореф. дисс. ... к. ю. н. 12.00.01. Душанбе, 2014. С. 13-14.

⁵⁴⁷ См.: Халиков А.Г. Указ. соч. С.329.

⁵⁴⁸ См.: Периханян А.Г. Общество и право Ирана в Парфянский и Сасанидский периоды. М.: Наука, 1983. С.254.

⁵⁴⁹ См.: Авеста. Душанбе, 2014. Кн. 1. С. 571.

⁵⁵⁰ См.: Халиков А.Г. Указ. соч. С.363.

ожидало строгое наказание. Обычно в таких случаях наказывали его тем же самым наказанием, которое было предусмотрено за то деяние, в котором он обвинил человека, но не смог доказать его вину⁵⁵¹.

Другими видами частоприменяемых наказаний считались штраф и искупление вины. Например, в Авесте предусматривались наравне с телесными или другими видами наказания штраф и откуп от вины как основное или дополнительное наказание. Так, в части 3 фаргарда 4, строках 17-21 Вендидада предусматривается ответственность за совершение преступлений против здоровья человека категории огерепта. В строках 20 и 21 изложены особые замечания об уплате штрафа за совершение данной категории преступлений. Если человек в восьмой раз совершал поступок огерепта и не платил выкуп, то его наказывали 200 ударами лошадиной плетью и посохом. Если кто-то, совершив преступление огерепта, отказывался уплатить штраф и выкуп, то в этом случае он также становился преступником категории пешутану, и наказывали его 200 ударами лошадиной плетью и посохом⁵⁵².

В период Сасанидов, независимо от того, что многие нормы предусматривали телесное наказание, чаще применялись наказания, имеющие характер штрафа или возмещения убытков. В деле о нанесении ущерба имуществу и о посягательствах на имущественные права (кража, грабеж, злоупотребление и т.д.) суд всегда обязывал виновного к возмещению убытков.

С развитием денежных отношений в последующие периоды особенно частым видом наказания становится штраф. Он применялся почти за все виды преступлений. Сумма штрафных санкций зависела от тяжести совершенного преступления и важности охраняемого объекта.

В некоторых источниках дана конкретная соразмерность штрафных санкций в случае замены наказания в виде ударов плетью и посохом на денежные штрафы. А.Г. Халиков отмечает: «За вину танофухра или маргарзана применялся штраф в размере 300 сатер, что приравнивалось к 1200 дирхемам. Если танафухр или маргарзан, как преступления категории пешутану, считать преступлениями, которые карались 200 ударами лошадиной плетью и 200 посохом, то один удар приравнивался к 3 дирхемам»⁵⁵³.

Кому же уплачивался штраф? Некоторые ученые пишут, что штрафная сумма уплачивалась потерпевшему, а конфискованное имущество передавалось в государственную казну. Или же сумма штрафа взималась вдвойне, и половина доставалась потерпевшему, а половина передавалась в государственную казну⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ См.: Галезари Али Аббас. Указ. соч. С.12-13.

⁵⁵² См.: Авеста. Душанбе, 2014. Кн. 1. С.486-487.

⁵⁵³ См.: Халиков А.Г. Указ. соч. С. 367.

⁵⁵⁴ См.: Там же. С. 256-267.

Таким образом, с развитием общества и государства развиваются и система наказания, его формы и методы его применения. Намного сокращаются архаичные виды наказания - жестокие и бесчеловечные. Взамен начинают применяться наказания, имеющие материальный, физический и психологический характер. К их числу можно отнести штраф, искупление вины, обязательные исправительные работы и т.д.

Широко использовалось в древних государствах таджиков, о чем свидетельствуют авестийские религиозно-правовые нормы, наказание в виде исправительных работ. Например, к тому, кто провинился в каком-нибудь греховном деянии, можно было применять наказание в виде исправительных работ на государственных землях или на землях храма. Также использовали труд таких лиц на общественных землях, для очистки земель от нечистых вещей, тел мертвых людей и животных, сбора дров для священного огня, рытья каналов, для орошения добрых земель и т.д. В основном такие наказания применялись за несоблюдение религиозных и экологических норм.

В Сасанидский период тоже было предусмотрено наказание в виде исправительных работ, когда по решению судьи лицо, совершившее преступление, отправляли работать и отбывать наказание в царском хозяйстве⁵⁵⁵.

С древних времен к лицам, совершившим преступление против религии, нарушающим нормы правил общежития племени и общины, а также совершившим другие виды деяний, применялись изгнание из общества и ссылка. Применяли его совместно с такими наказаниями, как конфискация имущества, штраф, телесные наказания. Например, в Сасанидский период человека изгоняли из общины, если он совершил явно грубое преступление («смертная вина»), что тоже становилось основанием для потери этим человеком всякой гражданской правоспособности.

Начиная с древних времен, применение смертной казни стало проблемой. С появлением и развитием религиозного миропонимания людей стали гораздо реже применять такое наказание, заменяя его другими видами наказаний. Например, уже в Авесте отмечается обусловленная развитием общества и права древности тенденция заменять смертную казнь, т.е. смерть физическую, потерей места и прав в общине – смертью гражданской⁵⁵⁶.

За совершение некоторых деяний применяли наказание в виде конфискации имущества, в основном за оставление семьи без опекуна, за совершение преступления против собственности. Применяли наказание в виде конфискации имущества и к лицам, занимающимся колдовством. Это наказания могло быть как основного, так и дополнительным. Занятие колдовством считалось одним из самых тяжких грехов, который в основном наказывался смертной казнью, но в качестве дополнительного наказания применяли и конфискацию имущества.

⁵⁵⁵ См.: Периханян А.Г. Указ. соч. С. 357.

⁵⁵⁶ См.: Периханян А.Г. Указ. соч. С. 259.

В религиозно-правовых нормах зороастрийского права и других нормах, действующих на территории исторического Таджикистана, с целью сохранения жизни и здоровья человека, общественного спокойствия и покоя, предусматривались наказания в виде лишения права заниматься определенной деятельностью или занимать определенную должность. Например, такое наказание могло быть применено в отношении непрофессионального врача, результат лечения которого стал причиной смерти или другой болезни человека⁵⁵⁷.

Таким образом, наказание во все периоды своего исторического развития преследовало и преследует определенные цели, которые четко конкретизированы в самом определении наказания. Цели наказания – это конечные социальные результаты, на достижение которых направлено его применение⁵⁵⁸. В ч. 2 ст. 46 Уголовного кодекса Республики Таджикистан, констатируется, что цель наказания - в восстановление социальной справедливости, а также исправление осужденного и предупреждение совершения новых преступлений. В уголовном праве и уголовно-правовых нормах права древних государств наказание применялось тоже с этими целями.

Существует множество теорий, которые объясняют социально-правовую природу и цели наказания. Древнейшими из этих теорий считаются теории возмездия, устрашения, общего и специального предупреждения, социальной защиты и социальной справедливости и др.⁵⁵⁹

Необходимо отметить, что в большинстве случаев уголовные наказания и другие меры, направленные против преступлений, применялись с целью достижения социальной справедливости. Как отмечается в литературе, социальная справедливость в каждый период времени зависела от морально-нравственных принципов и миропонимания народа, проживающего в данный период времени⁵⁶⁰.

Наиболее важной целью назначения и применения уголовного наказания на всех этапах развития права являлось восстановление социальной справедливости. Термин «справедливость» означает деятельность, осуществляемую на законных и честных основаниях, беспристрастно, правильно, в соответствии с истиной⁵⁶¹.

В зороастрийском праве социальная справедливость, будучи основной целью наказаний, понималась как категория этическая и религиозная. В юридическом смысле, достижение при назначении и применении наказаний социальной справедливости означало соотношение прав и обязанностей между людьми.

⁵⁵⁷ См.: Авеста. Душанбе, 2014. Кн. 1. С. 518-519.

⁵⁵⁸ См.: Уголовное право. Часть Общая. Часть Особенная. М., 1999. С. 195.

⁵⁵⁹ См.: Пирния Х. Таърихи Эрони кабл аз ислом. С. 101-103.

⁵⁶⁰ См.: Вохиди Навои Ово. Низоми ыазои Эрон дар асри Сосониён. = [Система наказаний Ирана в Сасанидский период]. Тегеран : «Мизон», 1380 х./2002. С. 86.

⁵⁶¹ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. С. 674.

ми, социальными группами, классами и отдельными лицами. Соотношение между деянием и воздаянием, в том числе соотношение между преступлением и наказанием, составляет основную цель уголовного наказания и в современном уголовном законодательстве, что и является основным признаком преемственности и развития уголовно-правовых норм, относящихся к институтам преступления и наказания. Во все периоды развития институтов преступления и наказания несоответствие между первым и вторым оценивалось как несправедливость⁵⁶².

При совершении правонарушений применением наказаний можно было добиться восстановления социальной справедливости, восстановления нарушенных прав, свобод и интересов потерпевшего, которым могли быть, как определенный гражданин, так и общество или государство. В зороастрийский период принцип социальной справедливости исходил из основного авестийского принципа: «доброе - добрым и злое - злым»⁵⁶³.

В то же время соблюдение справедливости являлось нравственным правилом, что исходило из этико-моральных ориентиров того периода. Также можно сказать, что применение справедливого наказания определяло и выражало интересы тех или иных социальных общностей и отдельных лиц, в основном правителей. Они старались, чтобы восстановление социальной справедливости обязательно воплощалось в действительность одновременно с наказанием⁵⁶⁴.

Именно такое понимание о сущности наказания существует и в современном праве. Например, А.В. Наумов справедливо отмечает: «... никаким наказанием не может быть восстановлена жизнь потерпевшего от убийства либо утраченное им в результате преступления здоровье. Однако это вовсе не значит, что при наказании за эти преступления цель восстановления справедливости не может быть достигнута. Социальная справедливость наказания в этих случаях достигается путем ограничения прав и свобод виновного лица (например, лишение его свободы на продолжительное время и принудительное поставление в жесткие условия, определяемые содержанием соответствующего наказания). Таким образом, карательное содержание наказания является своеобразным уголовно-правовым способом восстановления социальной справедливости в этих случаях»⁵⁶⁵.

⁵⁶² См.: Пирния Х. Таърихи Эрони кабл аз ислом. С. 101-107.

⁵⁶³ См.: Халиков А.Г. Указ соч. С. 159-160.

⁵⁶⁴ См.: Азизов У.А. Цели наказания, особенности назначения и исполнения наказания в зороастрийском уголовном праве // Вестник Педагогического Университета. 2015. №. 1. (62-2). С. 144-150.

⁵⁶⁵ См.: Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1996. С.264.

**Универсалистские и локальные тенденции правопонимания в развитии
государственности и права в рамках европейской цивилизации
(на примере Испании)**

Противостоящие тенденции в развитии европейского правопонимания

В развитии государственно-правовой мысли и практики в Европе можно выделить наличие двух противостоящих тенденций, которые, однако, не существуют одна без другой: это национализм (то есть стремление построить национальную государственность, национальную систему права, построить государство в рамках установленных внутренним и международным правом границ) и универсализм (который сегодня называют глобализмом). Идея универсализма в Европе исходит от Римской империи, которая послужила фундаментом для формирования современной европейской цивилизации (хотя корни её можно искать в других, более древних, цивилизациях). Идея национализма базируется на борьбе германских и других складывающихся народов Европы против Римской империи. Вероятно, именно поэтому эти две идеи не могут существовать друг без друга или, по крайней мере, проявляться параллельно, в разные моменты времени. Они всегда взаимосвязаны. Национализм тесно соседствует с универсализмом, и последний не мог бы существовать, если бы не тенденции обособления от центра. Таким образом строится глобальная социальная государственно-правовая сверхсистема Европы. На государственном уровне эта схема повторяется. Локальные системы находятся во взаимодействии с государственными и на уровне отторжения (в результате мы видим развитие регионализма и местных систем права), и на уровне функционирования как национальных, так и наднациональных образований. В последнем случае мы можем говорить о постоянном и устойчивом стремлении Европы создавать империи. В этом процессе можно проследить тенденции, определяющие цивилизационное развитие европейской государственности и правопонимания. Рассмотрим этот процесс на примере Испании. Это государство представляется удачным примером по ряду причин.

Во-первых, Испания несколько раз становилась центром развития и реализации универсалистской идеи в форме империи. Эту идею Испания унаследовала от Римской империи как напрямую, так и косвенно. Напрямую Испания участвовала в процессе развития Римской универсальной государственности, превратившись со временем в одну из образующих провинций и родиной нескольких римских императоров (как минимум, можно отметить Траяна и Адриана), а также выдающихся римских деятелей культуры, формирующих государственную идеологию (как минимум, можно назвать Сенеку).

Во-вторых, Испания косвенно стала наследницей Римской империи, став на некоторое время центром Священной Римской империи, а затем создав собственную империю, включающую огромные территории как в самой Европе, так и далеко за её пределами.

В-третьих, Испания стала центром универсальной католической идеи. Несмотря на то, что изначально в процессе формирования государственности отношения с Понтификатом складывались не самые радужные, однако в результате Испания стала центром универсалистского движения Крусады (Крестового похода), когда эта идея и военной превратилась в идеологическую.

В-четвёртых, внутри самой Испании имперская идея стала одной из основ формирующееся национальной государственности, что подтверждает высказанную ранее мысль о единстве и борьбе универсальных и национальных тенденций.

В-пятых имперская универсальная идея служила ядром национальной идеологии Испании практически до середины XX века. Последний раз эта идея была использована Ф.Франко при обосновании своего правления. После смерти диктатора Испания включилась в глобальное политико-правовое европейское образование - Евросоюз, который, по сути, можно назвать конкурирующей универсалистской (имперской) идеей.

В-шестых, внутри самой Испании постоянно наблюдаются прямо противоположные тенденции к «закрытию» от внешних влияний, укреплению национальной государственности, что обусловлено как объективными причинами (например, географическим положением), так и субъективными (особенности правосознания). Также необходимо отметить сильный региональный фактор, который, казалось бы, противостоит универсалистскому, но в реальности составляет единую государственно-правовую структуру.

В данной работе предполагается рассмотреть в общем виде особенности государственной универсалистской имперской идеи, а также основы формирования универсального права внутри испанского государства. Рассматриваемый промежуток – конец XV-начало XVII в., то есть время становления испанской государственности современного типа, которая в момент своего формирования основывалась и на универсалистской (универсальной) и национальной (локальной) идеях, которые заложили основы испанского правосознания и правопонимания.

Универсалистские основы правовой идентичности Испании

«Универсалистский идеал состоит в том, чтобы принести всем народам и расам понимание морального единства рода человеческого»⁵⁶⁶, - утверждал философ поколения 98 Рамиро де Маэсту. Это римско-христианское миропонима-

⁵⁶⁶ Цит. по: Francisco Acedo J. Castilla El rey, la justicia y el derecho en nuestra literatura de la Edad de Oro// Boletín de la Real academia Sevillana de Buenas Letras: Minervae Baeticae, № 7, 1979, págs. 5-40. P.11.

ние стало основой имперской испанской идеи XVI в. В это время центральным пунктом, исходной точкой испанской политико-правовой идеологии становится мессианский концепт *Universitas Christiana*, политическая программа, которая должна была распространяться на *весь мир*. Католизация Испании приводит к безусловному усилению монархических тенденций, когда король становится «вождём христиан»⁵⁶⁷.

Необходимо пояснить, что христианизация Испании была задачей долгосрочного характера и весьма не простой. Сначала вестготы-христиане не желали менять арианский вариант на католический, а завоёванные ими народы Испании и вовсе оставались языческими. Затем многовековое засилье арабского правления, которое не смогло обратить население в ислам, но воспрепятствовало полной христианизации. Затем долгое время сохранялось настороженное отношение испанских королей к Понтификату, которое сильно отличалось, например, от французского поклонения Риму и королю как его представителю. С исторической точки зрения, основой легитимности испанских монархов была их мудрость, а также личная или военная доблесть, но никогда предполагаемый божественный источник власти. Поэтому в Испании никогда не существовал такой мощный ритуальный комплекс, как во французской или английской монархии (например, помазание или посвящение), так же как испанские монархи никогда не претендовали на статус чудотворцев⁵⁶⁸. И только католические короли, по сути, сконструировали христианскую идеологию, которая была воспринята Карлом V.

Таким образом, к XVI в. мы можем увидеть вполне сложившуюся национальную идентичность, основанную на общей религии, едином языке и более или менее едином праве. В целом сформировалась и государственность. Во-первых, разрозненные королевства объединены в единую территорию, население и элиты которой воспринимают единую центральную власть императора. Во-вторых, население более или менее консолидировано за счёт первично сформированной национальной идентичности. В-третьих, сложилась единая государственно-правовая система, включающая единое право и систему управления, общепризнанную публичную власть. Разумеется, при желании в этой системе можно отыскать бреши, и она не вполне идеальна. Но процесс формирования государственности не столь очевиден, как хотелось бы юристам с их чётким, рациональным и практикоориентированным мышлением.

Общегосударственное и местное право: борьба тенденций

К XVI в. сложилась более или менее унифицированная система права, несмотря на региональные различия и местные фуэро. Первые попытки создать единую систему права для всех племён предпринимали ещё вестготы на основе

⁵⁶⁷ Ibid. P.12.

⁵⁶⁸ Landavazo M.A. La sacralización del Rey: Fernando VII, la insurgencia novohispana y el derecho divino de los reyes// Revista de Indias, №221, 2001, págs. 67-90. P.67.

римского права, которое было удобным и систематизированным. Так в Испании появился правовой свод «*Liber Iudicum*» или «Книга судей», изданная в 654 г. королем Рецесвинтом. Она являлась для Испании эквивалентом кодекса императора Юстиниана и существовала в том или ином виде на некоторых территориях до XIII в. Этот закон можно назвать первой рецепцией римского права в Испании.

Но в современном смысле стремление к унификации в области права и государственного управления первым реализовал Альфонсо X Мудрый в XIII в., создав корпус королевского законодательства, *Fuero real*, одинакового для всех территорий, входящих в состав его королевства (хотя, разумеется, нельзя игнорировать попытки вестготских королей по созданию более или менее единого права). Затем он провёл работу по унификации норм права в Зерцале Законов (*Espejo de las Leyes*), известном как *Especulo*. Процесс сбора и единообразной обработки фуэро, существующих на разных территориях, вёл к постепенной унификации права⁵⁶⁹, что служило основанием для последующего объединения и формирования единого королевского права. Это произошло только к XV-XVI вв. «в связи с нарастанием процесса преодоления границ в рамках необходимости трансграничной коммуникации»⁵⁷⁰ создавалось территориальное политико-правовое единство. Известно, что обычное право вытеснялось с очень большими сложностями. Как отмечал известный историк А.Р. Корсунский, «в рассматриваемый период тенденция к унификации права не могла преодолеть правового партикуляризма, отражавшего противодействие феодальной знати политике централизации»⁵⁷¹.

В XIII в. право отделилось от морали, и было создано каноническое право в чистом виде⁵⁷². Римское каноническое право пришло в Испанию в XIII в. и стало одной из рецепций римского права на Полуострове. В этот раз оно утвердилось и просуществовало до XVIII в., то есть в Позднее средневековье, Новое время и частично в эпоху Просвещения. Каноническое право, становясь основой правосознания, начинает довлеть над людьми, устанавливая непреложные принципы познания действительности. Оно более или менее было инкорпорировано в традиционные испанские правовые институты, сформировавшиеся в более ранние периоды, хотя и не всегда с равным успехом. Общее римско-

⁵⁶⁹ Ladero Quesada M. Á., Galán Parra I. Las ordenanzas locales en la Corona de Castilla como fuente histórica y tema de investigación (siglos XIII al XVIII) // Anales de la Universidad de Alicante. Historia medieval. Servicio de Publicaciones, 1982. №. 1. Pp. 221-244. P.222.

⁵⁷⁰ Калинина Е.Ю. Мифология средневекового правосознания: иррациональное в рациональном. Монография. М.: Юрлитинформ, 2014. С.118.

⁵⁷¹ Корсунский А.Р. История Испании IX-XIII веков. (Социально-экономические отношения и политический строй Астура-Леонского и Леона-Кастильского королевства). М.: Высшая школа, 1976. С.185.

⁵⁷² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности/ Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1999. С.33.

каноническое право получило в своё распоряжение все инструменты для управления испанской системой права: университеты, суды, королевский двор, советы, епископаты, монастыри, библиотеки и т.п. Римское каноническое право создало новую писаную правовую культуру, основанную на мифологии системы, созданной Юстинианом, и на авторитете понтификата. Бенефициарами этой ситуации стали юристы и короли, которые получили престиж нового типа – престиж создателей права. Практически вся Европа (за редким исключением) при поддержке королей склонилась перед цивилизационными возможностями, открывавшимися благодаря этому праву. Юристы также немало поспособствовали развитию римского канонического права, поражённые его возможностями⁵⁷³.

Римское право служило основой как светскому, так и каноническому праву, которые «создали государство и сцементировали общество, сформировали европейскую цивилизацию»⁵⁷⁴. Оно способствовало формированию отдельных норм и целых институтов. И Церковь, и государственная власть считались носителями римского права. В момент своего возникновения «сакральные и государственно-правовые институты ещё не были разделены»⁵⁷⁵. Это свойство римского права во многом сохранилось после введения христианства и перешло в испанское право и правосознание.

Универсалистская тенденция в развитии государственности. Империя.

В XVI в. мы можем наблюдать интересную тенденцию борьбы двух государственно-правовых моделей, связанную с эволюцией европейского правопонимания. Эти две модели существуют до сих пор, определяя облик современной Европы. С одной стороны, европейское правопонимание стремится к складыванию национального государства, ядром которого является нация. С другой стороны, это тенденция к появлению наднациональных образований, объединяющих территории с различным статусом. Таким образом то или иное государство Европы в то или иное время становится центром притяжения других государств и политико-правовых территориальных образований с целью создания наднационального глобального образования – империи.

Тенденция к объединению в империю и тенденция к обособлению в виде национального государства сосуществуют в европейском правовом мышлении и практике. Имперская традиция очевидно происходит из Римской империи, которую принято считать ядром современной европейской цивилизации.

⁵⁷³ Martínez Martínez F. Ecos cronísticos del rey-juez medieval // Cuadernos de historia del derecho. № Extra 2. 2010. P.306.

⁵⁷⁴ Калинина Е.Ю. Право и религия как основа формирования европейского средневекового правосознания // Юридическая наука. 2012. № 5. С.5.

⁵⁷⁵ Кофанов Л.Л. Lex и ius: возникновение и развитие римского права в VIII-III вв. до н.э. – М.: Статут, 2006. С.12.

Но когда мы говорим об Испании, то видим, что эти две тенденции переплелись в важнейший период формирования государственности. Испания сложилась как государство к XVI в. и как национальное государство, и как империя одновременно. Идея империи как формы национального суверенитета появляется в ряде испанских королевств (Арагоне, Леоне, Астурии) уже в X в. Таким образом эти королевства утверждают свою политико-правовую субъектность на фоне раздробленности и арабского завоевания. Затем вновь появившееся графство Кастилия объявляет своих правителей императорами⁵⁷⁶, чтобы утвердить внутренний и внешний суверенитет по отношению как к христианским, так и мусульманским протогосударственным образованиям.

Но эта тенденция всё же внутрigoсударственная. Особый смысл она приобретает, когда Испания выходит за свои пределы, получая земли и титулы в других формирующихся государствах. В этом случае понятие империи приближается к современному, которое сложилось уже в Новое время. В этот период (то есть примерно с XIII в.) испанские государи не просто становятся *rex est imperator in regno suo*⁵⁷⁷, но претендуют на главенство в одном из первых наднациональных образований после Римской империи и империи Карла Великого, Священной Римской империи.

В рассматриваемый период, то есть к XVI в., в Европе складывается идея *monarchia universalis* или *imperium*, светской монархии с несомненным уважением к римской курии, но без возможности вмешательства Церкви во внутренние дела управления. Одним из основных авторов этой идеи считается верховный канцлер Карла V, испанского короля и императора Священной Римской империи, итальянца Меркурино Гаттинара, который успел послужить при дворе самых известных монархов своего времени. Он создал этот концепт, опираясь на популярные идеи эпохи Возрождения, в частности, на идеи, высказанные ещё Данте Алигьери в его политико-правовом трактате «Монархия»⁵⁷⁸.

Но идея, воплощаемая Карлом V, была по сути сформированной из самых разнообразных концепций, в большинстве своём национального характера. Она состояла в необходимости создать «Империю как инструмент для защиты веры и как своеобразный отголосок *кастильского национализма*, гордости за отечество»⁵⁷⁹ (курсив наш – Е.К.). В этой модели император выступал в качестве объединителя земель и высшего судьи, как это происходило в Кастилии, когда она собирала вокруг себя земли.

⁵⁷⁶ Bowden B. The empire of civilization: the evolution of an imperial idea. University of Chicago Press, 2009. 320 p.

⁵⁷⁷ «Король – император в своём королевстве»

⁵⁷⁸ См.: Данте Алигьери. Монархия / Пер. с итал. В. П. Зубова; Комментарии И. Н. Голенищева-Кутузова. М.: «КАНОН-пресс-Ц» - «Кучково поле», 1999. 192 с.

⁵⁷⁹ Menéndez Pidal R. El imperio hispánico y los cinco reinos // Revista de estudios políticos. 1950. №. 49. P. 9-50.

Империя, построенная в Испании, существовала как концепт правопонимания. Она не в полной мере представляла собой реальное (объективное) политико-правовое образование. Она стала носителем миссии Рима, и фундаментальная универсальная идея из политико-правовой стала сакральной. Суть римской цивилизации состояла в безграничной экспансии, основанной на «божественном праве», универсальной идее справедливости. Эта традиция исходила от Орозия⁵⁸⁰, который утверждал «римскую миссию».

Заключение.

Необходимо отметить, что империя Карла V стала первой современной европейской империей, которая базировалась на универсалистских античных принципах (наследие Римской империи) и средневековых идеалах (империя Карла Великого). Однако во многом эти принципы были переработаны в соответствии с эпохой. Карл V заложил основы для становления новой универсалистской европейской концепции, которая продолжает существовать до сих пор, и Европейский союз – лишь одно из воплощений этого универсалистского концепта. Как в Античности, Средневековье и в Новое время, так и сегодня мы наблюдаем борьбу и взаимодействие двух казалось бы противоположных идей – универсалистской и локальной (национальной). Это взаимодействие, скорее, направлено на появление новых государственно-правовых форм, чем на уничтожение одной из концепций. Видится, что такой эффект невозможен, поскольку в этом взаимодействии состоит сама суть европейской цивилизации как глобальной социально-правовой сверхсистемы.

Н.С. Нижник

Российская полицистика о двойственной природе права

Трансформации современного общества актуализируют познание эволюционного развития государства и средств эффективного регулирования общественных отношений. Эти проблемы становятся важными и при рассмотрении вопросов осуществления государством правоохранительной функции, в том числе его институционального обеспечения. Необходимость определения способности правоохранительных структур адаптироваться в современных условиях и осуществлять охрану и защиту прав и свобод личности в соответствии с запросами современности требует анализа генезиса, формирования и развития полицейской системы, включая ее правовую и институциональную составляющую.

В понятии «полиция», изначально означавшем «искусство управления городом», была заложена структурная амбивалентность: понятие благого управ-

⁵⁸⁰ См.: Павел Орозий. История против язычников. Книги I-VII / Пер. с лат., вступ. ст., коммент. и указатель В. М. Тюленева. СПб.: «Издательство Олега Абышко», 2004. 544 с.

ления было неразрывно связано с правом регулирования вопросов городской жизни в общих интересах – вопросов обеспечения безопасности, поддержания общественного порядка, сохранения морали, обеспечения благополучия. Такое право предполагало наличие лиц, ответственных за безопасность сообщества, – чиновников, находящихся в распоряжении публичной власти и наделенных полномочиями блюстителей правовых предписаний⁵⁸¹. Понятие «полиция» изначально отражало два различных аспекта публичной власти: с одной стороны, это сам общественный интерес, заключающийся в обеспечении безопасности и благополучия, а с другой – право группы людей поддерживать установленные правила даже с помощью применения физического насилия⁵⁸².

В XVIII в., в ходе административно-полицейских реформ Петра I, термин «полиция» попал и в русский язык. Сохраняя свое значение «состояние доброго порядка в городе или общине», он начал применяться и для обозначения полицейского органа и его сотрудников, то есть приобрел институциональное и персональное измерение. Термин «полиция» стал обозначать государственную деятельность, направленную на достижение и сохранение состояния «доброй полиции», регулируемые полицейскими регламентами предметы стали называться «делами полиции», а отдельные органы и чиновники — «полицейскими»⁵⁸³.

С расширительным толкованием понятия «полиция» как государственного управления и представлениями о функциях полиции максимально возможного в абсолютных монархиях объема было связано появление терминов «полицейское государство», обозначающее государство, стремящееся создать систему нормального (регулярного) и предсказуемого управления, действующего на благо общества и способствующего экономическому благополучию граждан, и термина «полицейское право», которым стали обозначать систему знаний о государственно-управленческой деятельности и средствах эффективного воздействия на общественные отношения.

Государственная власть в условиях абсолютизма распространяла свое влияние на общественную жизнь не только в сфере обеспечения безопасности, но в иных сферах государственного благоустройства и народного благосостояния. В таких условиях диапазон оценок роли полиции в общественной жизни был чрезвычайно широк – от признания полиции «благодетельным гением», призванным водворить общественное благосостояние, до характеристики полиции как «врага личной свободы и общественной самодеятельности».

⁵⁸¹ Кильдюшов О. В. Полиция как наука и политика: о рождении современного порядка из философии и полицейской практики // Социологическое обозрение. 2013. Т. 12. № 3. С. 16.

⁵⁸² Chapman B. Der Polizeistaat. München: List, 1972. S. 7–8.

⁵⁸³ Knemeyer F.-L. Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts: Kritische Bemerkungen zur Literatur über die Entwicklung des Polizeibegriffs // Archiv für öffentliches Recht. № 92. S. 166.

Развитие полицейско-административных органов российского государства внешне проходило в русле общеевропейских тенденций дискурсивной тематизации и практической реализации идеи доброго порядка. При этом русская полиция имела существенные отличия, обусловленные причинами структурного свойства: в России полицейское строительство шло сугубо сверху и не встречало резонанса в местных социальных и административных порядках⁵⁸⁴. В Европе идея полиции во многом была результатом рационального политического дискурса, являвшегося, в свою очередь, продуктом европейского интеллектуального развития в целом и философии эвдемонизма и концепции всеобщего блага в частности⁵⁸⁵. В России полиция как важнейший институт обеспечения правопорядка в структурах социального действия, включая реальные практики функционирования госаппарата, укоренена не была. Представления о правильно устроенном социальном порядке формировались, отставая от практики строительства полицейской системы, а без таких представлений, как полагал российский опыт, полиция не способна реализовать возложенные на нее задачи достижения общего блага и реализации общественного интереса, и не имеет возможности функционировать как эффективный институт легитимного насилия.

Проблемы практики государственного управления актуализировали вопросы, связанные с осмыслением природы и сущности государства, природы, сущности и назначения права. Во второй половине XIX в. – начале XX в. российская полицеистика была представлена плеядой блестящих исследователей, в числе которых И.Е. Андреевский, А.Я. Антонович, Н.Н. Белявский, Э.Н. Берендтс, Н.Х. Бунге, С.В. Ведров, В.М. Гессен, Н.А. Грифцов, В.Ф. Дерюжинский, А.И. Елистратов, В.В. Ивановский, В.Г. Иозефе, В.Н. Лешков, В.Ф. Левитский, А.Е. Назимов, Г.Ф. Симоненко, Я.С. Степанов, И.Т. Тарасов, А.А. Трифонов, А.И. Чупров, П.Н. Шеймин, М.М. Шпилевский, Н.Д. Яворский, И.И. Янжул. Именно этот период отмечен вниманием к анализу законодательства и попытками систематизации нормативных правовых актов в сфере организации и деятельности полиции, которые, в частности, предпринимали И. П. Высоцкий, М. И. Доброленский, Ф. Ф. Древинг, В. В. Лукин, В. И. Способин, Н. Н. Цылов.

⁵⁸⁴ См.: Raeff M. The well-ordered police state and the development of modernity in seventeenth and eighteenth century Europe: an attempt at a comparative approach // *American Historical Review*. Vol. 80. № 5. P. 1221–1243; Раев М. Регулярное полицейское государство и понятие модернизма в Европе XVII–XVIII веков: попытка сравнительного подхода к проблеме // *Американская русистика. Императорский период*. Самара: Самарский университет, 2000. С. 48–79.

⁵⁸⁵ Нижник Н.С., Дергилева С.Ю., Геворкян Д.С. Философия эвдемонизма как концептуальная основа теории и практики полицейского государства // *Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России*. 2014. № 3 (63). С. 236–242.

Российская полицистика представляла многообразие подходов к рассмотрению проблем полицейского права, плюрализм оценок полицейской практики и стремление четко определить пределы полицейского вмешательства государства в общественную жизнь. В качестве основных проблем ученые рассматривали определение предмета полицейского права, выяснение роли полиции в реализации государственной власти и места полицейской деятельности в реализации функций государства, характеристику полиции как государственного института, определение границ использования мер принуждения администрацией и полицией. В пореформенной России полицистика представляла собой самостоятельную национальную юридическую науку.

При этом полицистами были представлены различные подходы к оценке природы права как социального регулятора. Одни рассматривали право как средство достижения социального согласия и компромисса, как средство обеспечения определенного порядка общественных отношений, подчеркивая, что общество состоит из различных групп, слоев, классов, сословий и других социальных образований, интересы которых зачастую вступают в противоречие друг с другом; право создается именно для того, чтобы разрешить данные противоречия и достичь стабильности общественной жизни. Другие – связывали социальную природу права с выражением воли лиц, стоящих у власти и навязыванием этой воли остальным слоям (классам) общества, в том числе посредством принуждения, насилия, подавления. Исходя из того, что общество состоит из социальных групп (классов), интересы которых не совпадают или находятся в антагонистических противоречиях, они подчеркивали, что право создается, чтобы закрепить господствующее положение определенной социальной группы (класса) и приоритет ее интересов. Такие подходы к определению сущности права акцентировали внимание на различных аспектах социальной природы права. Принципиально соглашаясь с тем, что праву присущи черты регулятора, регламентирующего отстаивание и общесоциальных, и корпоративных интересов, полицисты предлагали именно на такой теоретической основе определять основные направления деятельности полиции и подчеркивали двойственную природу права – его предназначение регулировать общественные отношения, одновременно отстаивая интересы и всего общества, и отдельных социальных групп.

Российская полицистика внесла значительный вклад в развитие отдельных положений теории полицейского государства и полицейской деятельности, теории государственного управления. Но в начале XX в. полицейское право в общественном сознании россиян стало ассоциироваться лишь с принудительной деятельностью государства по обеспечению публичной безопасности и общественного порядка⁵⁸⁶, а также с осуществляющими полицейскую деятель-

⁵⁸⁶ Гессен В.М. Лекции по полицейскому праву. Вып. 1. СПб., 1908. С. 17.

ность органами⁵⁸⁷. Термин «полицейское право» стал восприниматься как «не особенно приличное название»⁵⁸⁸. А Октябрь 1917 г. закрепил безусловно негативное отношение к полицистике и полицеистам.

Укоренились представления о том, что полицейское государство – это отсутствие правового государства, политический антипод правового государства, синоним современной диктатуры тоталитарного типа. В XX в. «в результате активного использования полицейского аппарата (включая тайную полицию) европейскими идеократическими диктатурами (СССР, Третий рейх) и другими авторитарными режимами произошли значительные семантические изменения в самом понятии "полиция", по сути, лишившемся своего прежнего нормативного значения или, как минимум, его части»⁵⁸⁹. Понятие «полицейское государство» утратило свое изначальное значение, закрепив за собой определение полицейского государства как репрессивного государства, контролирующего все сферы общественной жизни, применяющего насилие в отношении политических оппонентов и характеризующегося произволом со стороны полиции, прежде всего тайной, подменяющей собой органы нормального управления и правосудия⁵⁹⁰.

До настоящего времени наука полицейского права как управленческо-экспертная система классического полицейского государства не получила своего комплексного анализа, а теоретическое наследие полицеистов (в том числе и в области правоведения) – должного осмысления. Обнаружилась исследовательская «робость» в отношении проблемных полей и общественных институтов, имеющих отношение к осуществлению государственной монополии на насилие⁵⁹¹. Причин для этого оказалось множество. Например, вера в умиротворяющий эффект прогресса, восприятие присутствия насилия в современных обществах как пережитка социальной архаики, закрепление прогрессистской идеологии, согласно которой в современных обществах место насилия все в большей мере занимают эмпатия и рациональный дискурс, позволяющие разрешать любые общественные конфликты, не прибегая к аппарату принуждения⁵⁹².

Однако изучение полицейского права как дискурсивного феномена Нового времени и институциональной истории полицейского государства, как

⁵⁸⁷ Дерюжинский В. Ф. Полицейское право. Пг., 1917. С. 7, 8.

⁵⁸⁸ Горбунов А.В. Курс лекций по полицейскому праву. Варшава, 1901. С. 6.

⁵⁸⁹ Кильдюшов О.В. Полиция как наука и политика: о рождении современного порядка из философии и полицейской практики. С. 10.

⁵⁹⁰ Кильдюшов О. В. Полиция как наука и политика: о рождении современного порядка из философии и полицейской практики. С.11.

⁵⁹¹ Stöltzing E. Geleitwort zur Soziologie der Polizei // Beiträge zu einer vergleichenden Soziologie der Polizei. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2009. S.4–12.

⁵⁹² Ibidem.

политико-правовой техники поддержания правопорядка может быть эвристически небесполезным для понимания практик господства в современных обществах, «замирность которых является скорее их собственным идеалом/идеологией, нежели фактической действительностью»⁵⁹³. В сфере организации и деятельности полиции современное государство имеет дело с дискурсивным и институциональным наследием эпохи полицейского государства. Поэтому, как отмечал К. Вольцендорф, именно «здесь имеет смысл порыться в почве прошлого, чтобы увидеть органические взаимосвязи и силы, до сих пор присутствующие и в настоящем»⁵⁹⁴.

Полиция в современном понимании – это правоохранительный институт, наделенный компетенцией применять установленные законом меры принуждения в целях обеспечения общественного порядка. Деятельность полиции опирается на представления о праве как системе общезначимых, формально-определенных правил поведения, принимаемых от имени государства и обеспеченных системой государственных гарантий и санкций.

Т.Н. Ильина

Правоинтерпретационная функция Сената в России во второй половине XIX – начале XX века**

Рассматривая полномочия кассационных департаментов Сената после судебной реформы 1864 года, непременно обращает на себя внимание характер деятельности, возникает вопрос о правоинтерпретационной или возможной правотворческой функции высшей судебной инстанции России.

Реформированная во второй половине XIX века судебная система базировалась на принципах независимости судебной власти, двухинстанционности структуры судов, наличия единого кассационного суда, профессионализма судей.

Учреждение в России единой судебной инстанции должно было отвечать целям «строгости соблюдения правил об однообразном толковании закона»⁵⁹⁵. Реализуя указанную цель, реформаторы пошли по пути учреждения кассации, ранее не использовавшейся в отечественной судебной системе⁵⁹⁶, который

⁵⁹³ Кильдюшов О. В. Полиция как наука и политика: о рождении современного порядка из философии и полицейской практики. С.14.

⁵⁹⁴ Wolzendorf K. Der Polizeigedanke des modernen Staats: ein Versuch zur allgemeinen Verwaltungslehre unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Preussen. Breslau: Marcus, 1918. S.4–5.

** Публикация подготовлена при поддержке гранта РГНФ № 15-03-00491.

⁵⁹⁵ История Правительствующего Сената за 200 лет Т. IV. СПб., 1911. С. 16.

⁵⁹⁶ О дореформенных аналогах института кассации см. подробнее: Великая реформа: К 150-летию судебных уставов: В 2 т. Т. I: Устав гражданского судопроизводства. М., 2014. С.367; Захаров В.В. Суд и институт исполнения судебных решений по гражданским делам в Российской империи первой половины XIX столетия: законодательные основы и проблемы

представлял собой процессуальный механизм устранения судебных ошибок путем проверки законности судебного акта без установления новых обстоятельств дела. В результате, помимо достижения общей цели правосудия – защиты нарушенного права – обеспечивалось установление единообразной судебной практики.

Уже на стадии обсуждения законодательных новелл, относящихся к организации и функционированию кассационных департаментов, была отвергнута идея о разделении кассационных полномочий между Сенатом и судебными палатами. С одной стороны авторы реформ четко понимали, что Сенат может столкнуться с большим количеством жалоб со всех судебных инстанций в стране, что будет сильно затягивать производство и отсрочивать принятие решений. Но с другой – доверить кассацию судебным палатам, даже ограничив ее решениями окружных судов или съездов мировых судей, означало бы существование различных подходов к толкованию закона⁵⁹⁷.

В результате, функции кассации и наблюдения за единообразным применением законов в общих и мировых судах всей страны были возложены на созданные в составе Сената гражданский и уголовный кассационные департаменты. Департаменты объявлялись высшей судебной инстанцией, решения которой не подлежали обжалованию.

Кадровый состав кассационных департаментов Сената формировался на основе провозглашенного судебными уставами принципа профессионализма. Так, сенаторы должны были иметь юридическое образование, в ряде случаев которое могло быть заменено выслугой лет в судебных учреждениях. Кроме того, к сенаторам предъявлялся ценз опытности. Должность сенатора кассационного департамента могли занять лица, не менее трех лет находившиеся в должности обер-прокурора или товарища обер-прокурора, председателя, члена или прокурора судебной палаты⁵⁹⁸. Высокие квалификационные требования к сенатским должностям объясняются важностью и сложностью возлагаемых на них функций, важнейшей из которых являлось обеспечение единообразной практики, которую предполагалось проводить посредством предоставления правоинтерпретационных полномочий.

Кассация служила для отмены решений, нарушавших законы, От ревизионного производства кассация отличалась тем, что распространялась только на окончательные решения, и имела место, за редким исключением (так называемой кассации «в интересе закона»), только по инициативе сторон. Также закон различали кассацию и пересмотр решений, который был возможен при обнару-

их практической реализации. М., 2010. С.153-221; Нефедьев Е.А. Основные начала гражданского судопроизводства. Казань, 1895. С.11.

⁵⁹⁷ История Правительствующего Сената за 200 лет Т. IV. СПб., 1911. С. 17-18.

⁵⁹⁸ Судебные уставы 20 ноября 1864 г. СПб., 1914. Ч. III. Ст. 208.

жении или новых фактических обстоятельств, или нарушении закона, совершенных судом по недосмотру⁵⁹⁹.

Основаниями кассации были: неправильное применение и толкование закона, нарушение процессуальных форм производства, превышение пределов власти судебного ведомства⁶⁰⁰. Указанные поводы для кассации появились еще в первых редакциях проектов судебных уставов и при последующих спорах не вызывали принципиальных возражений, почти без изменений перейдя в уставы гражданского и уголовного судопроизводства⁶⁰¹.

Авторы судебных уставов взяли за основу модель кассационного суда, существовавшего в тот период во Франции⁶⁰². Краеугольным камнем этой модели является признание за кассационным судом роли верховного трибунала, отвечающего за правильное применение и толкование законов другими судебными инстанциями. Еще одной особенностью французской модели организации кассационного производства является возможность обжалования большинства решений нижестоящих судов. В результате в среде самих авторов уставов, а также представителей профессионального сообщества были сформулированы «опасения» по поводу четкого проведения в жизнь французского образца кассационного суда. Большинство из них проистекают от анализа успешного функционирования другой модели организации верховного правосудия, антипода французской модели – английской. Критике в основном подвергался постулат о широком круге дел, подлежащих обжалованию в кассационном порядке. Причем, каждое дело сначала проходило все судебные инстанции, а затем, в случае положительного решения кассации, вновь возвращалось соответствующему суду. Такая длительная по времени процедура не могла устроить спорящие стороны. Другим аргументом сторонников английской модели являлось признание того, что при «повальной» кассации потенциально можно спровоцировать «деградацию» низших судебных инстанций. Судьям нижестоящих судов будет не обязательно использовать свои профессиональные знания, проявлять дальновидность и использовать анализ при принятии решения, достаточно будет просто следовать образцам, заданным верховным судом. К тому же судьи будут в меньшей степени нести ответственность за свои решения, поскольку

⁵⁹⁹ Там же. Ст. 792.

⁶⁰⁰ Судебные уставы 20 ноября 1864 г. СПб., 1914. Ч. I. Ст. 793, Судебные уставы 20 ноября 1864 г. СПб., 1914. Ч. II. Ст. 912.

⁶⁰¹ Замечания министра юстиции, сенаторов и обер-прокуроров на проекты Уставов судопроизводства и судоустройства // Материалы по судебной реформе в России 1864 г. Т. 59; Замечания сенаторов и обер-прокуроров на проект Устава гражданского судопроизводства // Материалы по судебной реформе в России 1864 г. Т. 59.

⁶⁰² См. подробнее: Сергеевич В. И. Мнение Цинка в пользу кассационного суда (к вопросу о кассационном суде) // Журнал Министерства народного просвещения. Ч. СХХI. 1864. С. 41-50.

правильный вариант только один и он продиктован мнением судей кассационного суда.

Высказанные доводы звучали достаточно логично и справедливо. Но реалии второй половине XIX века были таковы, что без единой судебной инстанции в условиях отсутствия должного количества профессиональных судей, низкого уровня правовой грамотности населения было невозможно. Существование такой модели в Англии было обусловлено, во-первых, принадлежностью к прецедентной системе права, т.е. изначальным делегированием судам правотворческих функций, во-вторых, апробированного в течение нескольких столетий механизма подготовки и формирования судейского корпуса, способного осуществлять столь сложную функцию на высоком профессиональном уровне⁶⁰³.

Достаточно красноречиво о выборе в пользу французской модели говорил один из публицистов перед судебной реформой: «... учреждение кассационного суда в смысле верховного трибунала, наблюдающего за единообразным, правильным применением законов, представляет столько хороших сторон, что на дурных едва ли стоит серьезно останавливаться»⁶⁰⁴. Иными словами кассационный суд, важнейшей целью которого стало обеспечение единства судебной практики, был единственно возможным вариантом в тот период времени.

Кроме того, определенные зачатки кассационной процедуры, какой она была введена в 1864 году, существовали в России ранее. Несмотря на то, что дореформенным судам по общему правилу запрещалось выходить за рамки буквального толкования норм закона, который считался единственным источником права, а судья являлся лишь его исполнителем, последний в случае сомнений мог обращаться за разъяснениями в вышестоящую инстанцию, которая могла передать дело по «подведомственности». В результате дело попадало на рассмотрение высшего органа управления – либо исполнительного, либо законосовещательного. Такой порядок исходил из понимания того, что закон являлся отражением монаршей воли, следовательно, толковать и дополнять его могла только верховная власть.

Многие ученые-юристы второй половины XIX века были склонны считать Сенат в роли суда, развивающего право, то есть по факту обладающего нормотворческими полномочиями⁶⁰⁵. У данной точки зрения есть сто-

⁶⁰³ Подробнее о формировании корпуса юристов в Англии см.: Захаров В.В., Ильина Т.Н. Юридическое образование в Англии: традиции и перспективы развития // Auditorium. 2014. № 2 // <http://auditorium.kursksu.ru/index.php?page=6&new=2>.

⁶⁰⁴ Марков П. Французский кассационный суд // Журнал Министерства юстиции. 1862. Т. XIV. Кн. 12.

⁶⁰⁵ О различных точках зрения дореволюционных авторов см. подробнее: Захаров В.В. Проблемы квалификации юридической силы определений гражданского кассационного департамента Сената в России второй половины XIX - начала XX столетия // Историко-

ронники и среди современных авторов⁶⁰⁶. Однако, положения Устава гражданского и уголовного судопроизводства (далее по тексту УГС и УУС соответственно), обеспечивавшие реализацию подобных функций, не отличались высокой степенью определенности. Поэтому возникла необходимость в интерпретации места решений кассационных департаментов в системе источников отечественного права, а также определить чем по сути являлась деятельность Сената при толковании закона – правоинтерпретационной или правотворческой.

Современный нам исследователь В.Л. Слесарев предложил в качестве критерия разграничения продукт деятельности верховных судов – судебный акт. По его мнению, интерпретационный судебный акт от правотворческого судебного акта (судебного прецедента) отличается тем, что первый является продуктом вторичным, появляющимся в результате толкования имеющихся нормативных актов, а второй имеет свойство «первородности», т.е. происходит благодаря интеллектуальным усилиям и не является продолжением другого конкретизируемого законоположения⁶⁰⁷. С точки зрения ученого критерий возможного применения в будущем не является основополагающим, его необходимо рассматривать в совокупности с первым.

Принимая данную теорию, попытаемся определить характер деятельности кассационных департаментов Сената в пореформенной России.

Правовой основой такой деятельности являлась законодательная новелла, которая основывалась на допущении толкования закона судом. В статье 9 УГС указывалось, что «воспрещается останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов» и все суды «обязаны были решать дела по точному разуму действующих законов, а в случае их неполноты, неясности, недостатка или противоречия, основывать решение на общем смысле законов»⁶⁰⁸. УСС содержал аналогичные нормы⁶⁰⁹. Так, статья 13 УСС запрещала «останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов». Таким образом, толкование становилось не только правом, но и обязанностью всех судов. Однако лишь за Сенатом была закреплена функция последней инстанции в «изъяснении точного разума зако-

правовые проблемы: Новый ракурс. 2015. № 12. С. 52-94 // <http://ipp.kursksu.ru/pdf/011-002.pdf>.

⁶⁰⁶ См., например: Волков А.К. О роли судебной практики как источника права по судебной реформе 1864 года // История государства и права. 2014. № 17; Верещагин А.Н. О формах судебного нормотворчества в Российской империи // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11. С.4-23.

⁶⁰⁷ См. подробнее: Слесарев В.Л. Прецедентность и прецедент, или о толковании судами норм права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 12.

⁶⁰⁸ Судебные уставы. Ч. I. Ст. 20.

⁶⁰⁹ Судебные уставы. Ч. II. Ст. 12, 13.

на» и зафиксирована официальная печатная форма решений кассационных департаментов⁶¹⁰.

Именно статьи 815 УГС и 933 УУС, устанавливающие обязательность публикации сенатских решений, во многом предопределили мнение самого Сената относительно принятых им решений, заключающееся в обязательной их силе для всех судебных установлений, действовавших по судебным уставам 1864 года. Такая позиция Сената в период 1860-1870-е годы породила существование целой системы суждений верховного органа правосудия (прототипа правовой позиции). Так, современники отмечали, что решения Сената первых десятилетий его функционирования отличались тяготением к либеральным позициям, имевшим большое распространение. «В те времена, – писала одна из газет, – перед судом Сената губернаторы всегда были виноваты в превышении власти, а земские учреждения, жаловавшиеся на губернаторов всегда были правы... и ничего удивительного, что под влиянием такой судебной школы, как воззрения тогдашней сенатской судебной и кассационной практики, могла создаться магистратура в России, коей апогеем было оправдание Веры Засулич»⁶¹¹.

Что касается определения функций Сената в толковании законов то, для первоначального этапа деятельности его как высшей судебной инстанции было характерно существование мнения о том, что решения любой судебной инстанции имеют силу толкования закона, решения же Сената отличаются от всех прочих только качеством материала и большим авторитетом самого органа и отдельных сенаторов⁶¹². Вряд ли можно согласиться с подобной оценкой роли Сената, поскольку судебные уставы изначально подчеркивали особое значение именно сенатских решений.

На наш взгляд, неопределенность роли Сената в вопросах правоинтерпретации была заложена уже в самой организации данного органа. Обращает на себя внимание тот факт, что авторы судебной реформы не создали «новой» высшей судебной инстанции, а лишь расширили функции «старого» Сената, которые теперь можно было классифицировать как функции надзора и управления. Не зря из ведения Сената исключили разбирательства дел по существу, он собственно вообще не являлся судебной инстанцией, Сенат получил функцию кассационного надзора как одно из высших установлений империи.

Идентифицируя функции именно кассационных департаментов Сената, можно говорить лишь о правоинтерпретации, а не правотворчестве. Юридическая сила кассационных решений была определена судебными уставами и со-

⁶¹⁰ Судебные уставы. Ч. II. Ст. 930, 933, Судебные уставы. Ч. I. Ст. 815.

⁶¹¹ Речи консерватора // Гражданин. 1904. № 17. С. 2-3.

⁶¹² См.: Демченко Г.В. Судебный прецедент // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 4. С. 51.

стояла в том, что для конкретного дела, по которому было принято решение кассационных департаментов, оно признавалось обязательным, и жалобы на такие решения не допускались. Для других дел этим решением необходимо было пользоваться судам как руководством к единообразному толкованию и применению норм права (для этого решения были опубликованы). Однако законодатель не уточнил то, что подразумевал под руководящей силой кассационных решений, тем самым породив большое количество суждений на этот счет. Среди которых одним из самых распространенных был тезис о рекомендательном, а не абсолютном характере опубликованных сенатских решений. В пользу данной точки зрения говорит тот факт, что в статьях 793 УГС и 912 УУС, устанавливавших основания отмены судебных решений, не было нарушения смысла сенатского решения, вынесенного по другому делу, как условия отмены.

Представляется, что за более чем полувековой период существования кассационных департаментов, возможно было уточнить пределы правоинтерпретации. Однако отсутствие такой нормы говорит о целенаправленном действии государства в этом вопросе. С одной стороны ему было выгодно и необходимо обеспечивать единство применения закона за счет прецедентной силы решений Сената, но с другой стороны признать за Сенатом правотворческую функцию в условиях существования самодержавия было недопустимо. Поэтому правовая природа сенатских решений оставалась вопросом дискуссионным.

В качестве вывода обратим внимание на следующее. В дореволюционной России кассационные департаменты Сената выполняли лишь правоинтерпретационную функцию, сенатские правовые позиции имели обязательную силу только для конкретного спора, по которому высказаны, а для остальных случаев служили ориентиром, причем не абсолютного характера. Однако мы попытались сформулировать свою точку зрения универсального характера – для гражданского и уголовного судопроизводства, не учитывая того факта, что позиции юристов-криминалистов и цивилистов по этому вопросу расходились. Цивилисты тяготели к отрицанию признания за Сенатом правотворческих функций, в то время как криминалисты видели более ощутимые доказательства наличия правотворчества в кассационных решениях Сената. Но здесь важно учесть тот факт, что судебное толкование, особенно уровня верховного суда, всегда сохраняет в себе риск выйти за пределы собственно толкования и создать прецедент, приняв на себя функцию правотворчества.

Французское правопонимание во второй половине XIX века

Для Франции характерно плюралистическое понимание права. Соответственно, в исторической ретроспективе, существовали различные типы правопонимания. Во французской юридической мысли конца XVIII – первой половины XIX в. преобладало школа естественного права, которая «видела в праве не какое-то естественное явление.., а творение человеческого разума, признанного отныне единственной направляющей право силой»⁶¹³.

Ж.-Л. Бержель отмечает, что «общей основой различных «естественно-правовых» тенденций служат несколько фундаментальных идей, а именно: утверждение, что естественное право происходит от природы; идея о существовании неписаных законов, высших по отношению к позитивному праву и довлеющих над ним; идея, согласно которой стремление к (идеальной) справедливости первично по отношению к уважению (реальных) законов; идея незыблемости определенных ценностей, которые одерживают верх над ценностями, приносящими людей в жертву государству»⁶¹⁴.

Французская революция конца XVIII в., в своем нормативном наполнении, построена на юснатурализме. Классическим примером является Декларация прав человека и гражданина 1789 г., в основу которой положена естественно-правовая теория. Суть ее, в предельно краткой форме изложена в ст. 1: «Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах». Целью государства провозглашалось обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека, к которым в первую очередь относились, свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению (ст. 2)⁶¹⁵.

Стоит отметить, что, несмотря на смену вектора правового мышления, произошедшее во Франции, начиная с середины XIX в., Декларация 1789 г. оставалась и остается, что всегда отмечается во французской правовой литературе, непревзойденным нормативно-правовым документом.

Господствующим правопониманием во Франции, начиная с середины 50-х гг. XIX в., стал позитивизм, который «состоит в том, чтобы признавать в качестве ценностей только нормы позитивного права и сводить любое право к нормам, действующим в данную эпоху и в данном государстве, не обращая внимания на то, справедливо это право или нет. Тогда право предстает некоей автономной дисциплиной, отождествляемой с волей государства, выражением

⁶¹³ Давид Р., Жоффре-Спмнози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996. С. 38

⁶¹⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М.: NOTA BENE, 2000. С. 41-42.

⁶¹⁵ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>.

которого та кое право и является. В такой ситуации не должно возникать конфликтов между правом и государством, которое выступает его единственным источником, эволюция или мутации которого влекут за собой соответствующие изменения для права»⁶¹⁶.

Родоначальником позитивизма во Франции был О. Конт, который ввел в научный оборот понятие «позитивная философия».

Согласно О. Конту индивид и человечество в ходе эволюции (интеллектуальной и социальной) последовательно проходят через три стадии: теологическую, метафизическую и, наконец, позитивную. На каждой стадии человеческий разум пользуется своим методом мышления, сущность, которых различна. Соответственно, «возникают три взаимно исключаящих друг друга вида философии, или три общие системы воззрений на совокупность явлений; первая есть необходимый отправной пункт человеческого ума; третья – его определенное и окончательное состояние; вторая предназначена служить только переходной ступенью... В позитивном состоянии человеческий разум, признав невозможность достигнуть абсолютных знаний, отказывается от исследования происхождения и назначения Вселенной и от познания внутренних причин явлений и всецело сосредоточивается, правильно комбинируя рассуждение и наблюдение, на изучение их действительных законов, т.е. неизменных отношений последовательности и подобия. Объяснение фактов, приведенное к его действительным пределам, является отныне только установлением связи между различными частными явлениями и некоторыми общими фактами, число которых уменьшается все более и более по мере прогресса науки»⁶¹⁷.

Таким образом, научное знание должно основываться на синтезе выводов естественных и общественных наук и, следовательно, быть позитивным⁶¹⁸.

У О. Конта во Франции было множество последователей. Немаловажную роль в утверждении позитивизма сыграла политическая обстановка во Франции. Как писал Г. Каро: «Пережитые Францией государственные перевороты предвещают наступление новой эры и что мир находится накануне позитивного периода, когда, при философском согласовании знаний, все общества обратятся к позитивизму. Оставалось только подготовить переход от старого к ново-

⁶¹⁶ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С. 48-49.

⁶¹⁷ Конт О. Курс позитивной философии // Антология мировой философии. В 4-х т. Т. 3. М.: Мысль, 1971. С.553-554.

⁶¹⁸ Ж.-Л. Бержель отмечал, что в рамках концепции О. Конта «правовая норма вытекает из фактов социальной жизни, а не из воли правителей. Этот подход получил дальнейшее развитие в трудах английского философа Спенсера, который попытался примирить кооперацию на уровне общества и индивидуальную свободу, а особенно французского социолога Дюркгейма, подчеркивавшего специфический характер социальных фактов, а также специфику предмета и метода социологии. Связь между правом и социологией была особенно четко установлена у Леона Дюги». Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С.54.

му»⁶¹⁹. Однако в государственно-правовом контексте такой переход не произошел, в отличие от определенных изменений в политико-правовой мысли Франции. Здесь необходимо назвать Э. Литтре, который в 50-е – 70-е гг. XIX в. в определенной степени «смягчил социально-политические тезисы О. Конта, приблизив их к либерально-индивидуалистическим решениям, поставив на первый план моральное, а не социальное преобразование»⁶²⁰.

Э. Литтре не во всем соглашался с О. Контом, который, в частности, указывал, что парламентаризм – это английское изобретение и не пригодно для применения в континентальной Европе: «Может быть, когда Конт зарабатывал свою социологическую теорию, опыт континентального парламентского режима не был достаточным, чтобы отодвигать безапелляционное возражение, поднятое Контом»⁶²¹. Напротив, Э. Литтре был сторонником установления парламентаризма во Франции, его взгляды оказали влияние на содержание Конституционных законов Третьей республики. Например, он разработал критерии разграничения конституционных и органических законов, которым руководствовались французские законодатели: «Конституционный закон тот, который регулирует природу, объем и отправление государственных властей; органические законы те, которые имеют своим предметом регулирование способа образования и действий учреждений, основания которых освящены предыдущим законом»⁶²². Идеи Э. Литтре оказали определенное влияние на развитие либерального направления юридического позитивизма.

Среди представителей этого направления необходимо назвать, прежде всего, Э. Лабулэ и Л.-А. Прево-Парадоля.

Э. Лабулэ нельзя назвать приверженцем только позитивизма. В его теоретических разработках прослеживается и влияние юснатурализма. Например, в предложенной классификации свобод Э. Лабулэ исходил из критерия их первичности и вторичности или производности. Он различал два вида свобод: первые «существуют сами по себе (т.е. от рождения – С.Б.); это то, что мы называем сегодня социальными, индивидуальными, муниципальными и т.д. свободами; другие - служат гарантией для первых: это свободы политические»⁶²³. Однако, такой подход прослеживается у многих представителей французской либеральной школы 50-х – 70-х гг. XIX в. Например, Э. Оливье писал: «права, которые индивид сохраняет и которые не подвластны контролю государства, со-

⁶¹⁹ Каро Г. Э. Литтре и позитивизм // Русская мысль. М., 1884. Год пятый, кн. I. С. 324.

⁶²⁰ Слеженков В.В. Актуальные вопросы теории государства в политико-правовой мысли Франции: история и современность. Волгоград: ВолгГМУ, 2014. С.72.

⁶²¹ Littré É. Expérience retrospective // La philosophie positive. deuxième série. Tom XXIII. juillet à décembre. 1879. P.140.

⁶²² Цит. по: Poudra et Pierre. Organisation de pouvoirs publics. Paris M.: Lévy frères, 1881. P. 99.

⁶²³ Laboulaye E. Le Parti libéral. Son programme et son avenir. 8-e éd. Paris: Charpentier et C, 1871. P. 11.

ставляют свободу личную; права, которые индивид использует для контроля над властью, составляют политическую свободу»⁶²⁴.

В тоже время В. М. Гессен отмечал, что с «крушением конституций революционной эпохи естественно терпит крушение совокупность политических идей, ими вызванных к жизни, - и, в частности, естественно-правовая идея всеобщего избирательного права. Французские доктринеры (Ройе-Коллар, Гизо) и либералы (Бенжамен Констан, Лабулэ) восстают против теории, рассматривающей избирательное право как естественное право индивида, как его право на власть»⁶²⁵. Действительно, Э. Лабулэ, как и позднее Л.-А. Прево-Парадоль, не причисляет избирательное право к естественным правам, а к политическим, которые «имеют первостепенное значение; они являются оплотом и укрытием гражданских свобод. Без них закон является ловушкой и насмешкой правосудия»⁶²⁶.

Л.-А. Прево-Парадоль считая, что демократия - это «последнее слово цивилизации и лучшие средства обеспечения мира и счастья политического общества»⁶²⁷ и основная «тенденция демократического общества, чтобы дать рано или поздно избирательное право для всех граждан, которые его составляют»⁶²⁸.

Итак, осуществление избирательного права есть общественная функция, а не является естественным правом человека.

Позднее, в конце XIX в. сходные идеи высказал А. Эсмен. Полемизируя со сторонниками юснатурализма, он полагал, что «из принципа национального суверенитета вытекает, что все граждане естественно призваны к отправлению этой основной функции, ибо ограничивать преднамеренно это отправление в пользу одного какого-нибудь класса граждан было бы фактически равносильно сосредоточению суверенитета в этом привилегированном классе. Но это отправление предполагает у гражданина достаточную способность, ибо без этого оно было бы несовместимо с общим интересом. Закон может, поэтому, в этой мере определять его условия»⁶²⁹.

В этой связи характерно формальное понимание закона А. Эсменом, который считал, что «закон, который уничтожил бы или нарушил вольность или право, установленные конституцией, не становится вследствие этого недействительным»⁶³⁰.

⁶²⁴ Ollivier É. *Démocratie et liberté*. Paris: A. Lacroix, Verboeckhoven & C, 1867. P. 384.

⁶²⁵ Гессен В.М. *Основы конституционного права*. Петроград: Юридический книжный склад «Право», 1917. С. 203.

⁶²⁶ Laboulaye E. *Le Parti libéral. Son programme et son avenir*. P. 116.

⁶²⁷ Prévost-Paradol L.-A. *La France nouvelle*. Paris: Michel Lévy frères, 1868. P. 22.

⁶²⁸ *Ibid.* P. 49.

⁶²⁹ Эсмен А. *Общие основания конституционного права*. СПб.: Изд. О.Н. Поповой, 1898. С. 160-161.

⁶³⁰ Esmein A. *Éléments de droits constitutionnel français et comparé*. Paris: Librairie de la société du recueil général de lois, 1903. P. 38.

Аналогичные с данными установками выражали и другие представители позитивизма во Франции, например, Т. Дюкрок⁶³¹.

Таким образом, приоритет позитивизма, оформившийся второй половины XIX в. стало, в определенной степени, попыткой рационалистического обоснования политико-правовых процессов происходивших в то время во Франции.

М.В. Игнатьева

Типы правопонимания в научном наследии М.М. Ковалевского

Право уникальный, сложный и общественно значимый феномен, на протяжении всего времени его существования научный интерес к нему не только не исчезает, но и постоянно возрастает. Вопросы правопонимания принадлежат к числу «вечных», так как человек на каждом этапе своего индивидуального и общественного развития открывает в праве новые качества, аспекты соотношения его с другими явлениями и сферами жизнедеятельности⁶³².

В мире существует множество научных идей, течений и точек зрения по поводу того, что есть право.

При рассмотрении различных теорий и взглядов о праве, необходимо обращать внимание на следующие обстоятельства:

- во-первых, это исторические условия функционирования права, а также рамки культуры, в которых жил и работал исследователь;
- во-вторых, результат правопонимания зависит от нравственной, религиозной и идеологической позиции познающего его субъекта;
- в-третьих, важно, что берется за основу той или иной концепции и что понимается под его источником права⁶³³.

В зависимости от того, что рассматривается в качестве источника правообразования, государство или природа человека, различают естественно-правовую и позитивистскую теории права.

Существует несколько типов правопонимания, которые зависят от мировоззренческих установок конкретного исследователя. Различные концепции права образуют главное содержание типов правопонимания, при этом по-разному раскрывают сущность права как социально-юридического явления.

Для марксистского типа правопонимания характерно то, что сущность и развитие права, как и государства, обусловлены материальными условиями жизни общества. Таким образом, марксизм усматривал сущность права в том,

⁶³¹ Ducrocq T. Cours de droit administrative. 3-e éd. Paris: Ernest Thorin, 1868.

⁶³² Шагиева Р.В. Теория юриспруденции. Калуга, 2007. С.128.

⁶³³ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М., 2012. С.11.

что право - это возведенная в закон государственная воля господствующего класса⁶³⁴.

Естественно-правовой тип правопонимания имеет глубокие источники в политико-правовой мысли Древней Греции и Древнего Рима. Суть этого подхода заключается в оценке права с позиции справедливости, где «естественным» правом считаются только те нормы законодателя, которые соответствуют «естественной природе» - природе человека, природе вещей⁶³⁵.

В отличие от естественно-правовой доктрины позитивизм отождествляет право и закон, изданный государственной властью. Действительным правом признается любая по содержанию норма, если она получила официальное признание государства⁶³⁶.

Таким образом, позитивизм отрицает «естественное право» и понимает под правом только юридические акты - результаты правотворческой деятельности государства.

В рамках позитивистского типа правопонимания сложилось несколько самостоятельных концепций права.

Нормативизм, автором которого был немецкий юрист Ганс Кельзен. Он делил сферу жизнедеятельности субъекта на две области - область сущего и область должного⁶³⁷. Этот тип правопонимания ставил во главе права «основную норму», принятую законодателем.

Другим течением позитивизма была психологическая теория Л.И. Петражицкого. В его теории правом признается не формальная норма законодателя, а данная психическая реальность, т. е. правовые эмоции людей⁶³⁸.

И последней разновидностью правового позитивизма является социологическая теория права. Для нее характерно разграничение права и закона⁶³⁹.

Анализируя правовые взгляды М.М. Ковалевского, поражает необычайная широта его интересов, огромное количество работ в различных областях юридической науки. Его сравнивали с Б.Н. Чичериным, с которым он довольно резко полемизировал на страницах «Критического обозрения». Несмотря на то, что ученый занимался различными отраслями знания, его работы отличаются детальными подготовительными исследованиями.

С одной стороны, М.М. Ковалевский был типичным представителем юридической науки конца XIX-начала XX вв., но с другой - предвосхитил в своих работах многие вопросы, которые были поставлены в последующие эпохи и даже показал возможные пути их решения.

⁶³⁴ Шагиева Р.В. Теория юриспруденции. Калуга, 2007. С.124.

⁶³⁵ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М., 2012. С.22.

⁶³⁶ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М., 2012. С.38.

⁶³⁷ Лейст О.Э. История политических и правовых учений. М., 1999. С.523

⁶³⁸ Лейст О.Э. История политических и правовых учений. М., 1999. С.476.

⁶³⁹ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М., 2012. С.45.

В XIX веке началось развитие позитивистской концепции права. В рамках юридического позитивизма выделилось несколько направлений: юридический догматизм, который акцентировал внимание на тексте права, и позитивистская социология права, которая занималась исследованием правового поведения⁶⁴⁰.

Как отмечал Н.Я. Куприц, «взгляды Ковалевского носят сложный характер. Они формировались еще в 60-70-х годах XIX века под влиянием различных идейных и политических течений, концепций и идей. Совокупность этих взглядов и убеждений, образующих его мировоззрение, представляет собой внешне стройную систему, таящую, однако, в себе серьезные разногласия, отражающие противоречивость всего идейно-политического направления русского буржуазного либерализма»⁶⁴¹.

На М.М. Ковалевского оказали влияние взгляды Огюста Конта, однако, несмотря на увлечение позитивизмом, он не был механическим последователем О. Конта, который фактически отрывает социологию права от истории и даже противопоставляет их друг другу. По мнению М.М. Ковалевского, охватывая весь комплекс общественных знаний, социология имеет руководящее, методологическое значение для других общественных наук. «Развитие положительного права обусловлено всецело ростом гражданственности, значение которого может дать нам только социология и, в частности, социальная динамика, а не одна история права...»⁶⁴².

Как отмечал М.М. Ковалевский «сказанным определяется действительное отношение сравнительной юриспруденции к социологии. От последней первая вправе ждать руководящей нити при установлении различных стадий развития права»⁶⁴³.

Ближе и симпатичнее была ему наука французская и английская, большое влияние оказала на М.М. Ковалевского историческая школа права, которая во многом сформировалась под воздействием Великой французской революции к середине XIX века⁶⁴⁴. Русский ученый был согласен с Густавом Гюго, который отверг концепцию общественного договора и пытался доказать, что право развивается постепенно, так как постоянно встречаются ситуации, не предусмотренные законом.

Общепринятые способы решения таких ситуаций постепенно получали признание. Подлинным источником права является исторически сложившийся обычай. В трудах М.М. Ковалевского встречались и идеи Фридриха Карла Савиньи о том, что право - «продукт народного духа», оно живет в общественном сознании.

⁶⁴⁰ Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб., 2006. С.14.

⁶⁴¹ Куприц Н.Я. Ковалевский М., 1978. С.32.

⁶⁴² Ковалевский М.М. Социология, СПб., 1910. С.10.

⁶⁴³ Ковалевский М.М. Социология, СПб., 1910. С.28.

⁶⁴⁴ Ковалевский М.М. Ученый, государственный и общественный деятель и гражданин. Пг., 1917. С.122.

Естественно, что немецкая юридическая наука оказала влияние на правовые взгляды ученого и в связи с развитием в конце XIX-начале XX вв. социологии права, которая сконцентрировала внимание исследователей на проблемах функционирования права.

Через все труды М.М. Ковалевского проходят, в частности, идеи одного из виднейших представителей этой школы Рудольфа фон Иеринга, который считал, что государство и право нужно рассматривать только вместе с другими социальными явлениями, так как они являются продуктом длительного социального опыта.

Не повлияли на взгляды ученого идеи Людвига Гумпловича, который вычеркивал вообще государственное право из области юриспруденции и считал, что право возникло из насилия, т. е. сначала рождается привычка к насилию, затем она переходит в обычное право и только потом становится позитивным правом.

Не будучи марксистом, М.М. Ковалевский высоко ценил научное значение Карла Маркса в области истории хозяйства. Он считал, что социализму, не как отвлеченной доктрине, а как общему уклону в развитии социальных и хозяйственных отношений, принадлежало большое будущее.

Идеи нормативизма также не были близки ученому. Он считал, что задача государственного права - понять государство юридически, понять его как совокупность правовых норм. Государственное право всегда должно представлять собою совокупность норм действующих, т. е. осуществляющихся.

Однако не соглашался с дуализмом Ганса Кельзена, который полностью разделял норму и факт.

Определенное влияние на научные взгляды М.М. Ковалевского оказала и психологическая школа права.

Во-первых, именно Л.И. Петражицкий пригласил ученого на юридический факультет Санкт-Петербургского университета после его возвращения в Россию в годы первой российской революции.

Во-вторых, М.М. Ковалевскому была близка идея о том, что право делится на официальное, которое применяется и поддерживается государством, и неофициальное, т. е. право каждой социальной группы; позитивное - как источник здесь выступает закон и интуитивное, которое не имеет внешних источников. А также идею о том, что главная причина социальных потрясений лежит в противоречиях между этими группами права, а поэтому необходимо создать особую прикладную науку - политику права, которая разработает правовые ценности и поможет уничтожить указанные противоречия.

Рассуждая о государственном праве, он считал, что нужно заниматься не им как таковым, а наукой о государстве, основанной на его историческом и социологическом изучении. Государственное право составляло лишь ее часть.

Таким образом, можно сказать, что М.М. Ковалевский испытал в своем творчестве влияние позитивистских идей, хотя и относился к ним достаточно критично.

Н.Н. Зипунникова

**Образование и наука в государственно-правовом развитии России
(о некоторых аспектах культурологической интерпретации)**

Главные средства, которыми правительство может действовать на воспитание народное, состоят:

- 1) в доставлении способов к просвещению. Сюда принадлежит устройство училищ, библиотек и тому подобных публичных заведений;*
- 2) в побуждениях и некоторой моральной необходимости общего образования.*

М. М. Сперанский, 1808 г.

Хорошо не кричать против иноземцев, немцев и проч., а противопоставить в противоположность их труду свой труд, их честности – свою честность, их знанию – свое знание.

Дневниковая запись А. В. Никитенко. 19 марта 1865 г.

Одним из важнейших направлений развития историко-правовой науки... явилась разработка методологических проблем истории Советского государства и права. Эта работа проводилась под прямым воздействием партийных документов: Программы КПСС, решений XXIII, XXIV и XXV съездов КПСС, пленумов ЦК партии, речей и выступлений Генерального секретаря ЦК КПСС Л. И. Брежнева, в которых содержались новые выводы и обобщения по кардинальным вопросам развития советского общества и государства. Из коллективной монографии, 1978 г.⁶⁴⁵

Значение интеллектуального фактора в российском государственно-правовом развитии подвергнуто самому пристрастному осмыслению. Сквозь плодотворный исследовательский фильтр пропущены и дискуссии XVIII столе-

⁶⁴⁵ Советская историко-правовая наука. Очерки становления и развития. М., 1978. С.203.

тия, и интеллектуально-нравственная оппозиция Н. М. Карамзина – М. М. Сперанского, и разнообразные идеи представителей течений, давно и упрощенно клишированных в качестве «славянофилов» и «западников»⁶⁴⁶. В многослойную российскую культуру прочно «впечатаны» как богатая палитра воззрений на Просвещение, вызванных к жизни «эпохой Великих реформ», «педагогическим временем», различные взгляды интеллектуалов на будущее Отечества в период значительных потрясений начала XX в., так и заидеологизированные исследования многих советских авторов.

Не исчерпанный публикациями последнего времени вопрос о первоначале юридического образования и учености в России, в ходе которого обнаружались разные трактовки научности, научной рациональности, позволяет объемнее рассмотреть проблему роли образования и науки в государственно-правовом развитии. Представленные в историографии характеристики интеллектуальной традиции в средневековой, допетровской Руси на первый взгляд кажутся непримиримыми. Действительно, с одной стороны, это «полное невежество», («убожество интеллектуальной культуры», «отсутствие следов научной мысли»), а с другой – возведение средневековой книжности на уровень научного познания («религиозной науки средневековья»⁶⁴⁷). Однако, работами Н.Лавровского, А.Соболевского, Ф.Леонтовича, Л.Модзалевского, А.Архангельского, К.Харламповича, С.Либровича, П.Каптерева, Х.Титова, С.Серополко, Д.Лихачева, В.Румянцевой, Д.Володихина, В.А. Рогова, В.В. Рогова и других авторов разных эпох⁶⁴⁸ так или иначе, с разных позиций, демонстрируется длительное вызревание этой традиции, в том числе переход от религиозно-мистического, интуитивного к научно-рациональному взгляду на окру-

⁶⁴⁶ См.: Беленчук Л. Н. Просвещение России: взгляд западников и славянофилов. М., 2015. С.5–6.

⁶⁴⁷ Рогов В. А., Рогов В. В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права (очерки IX – сер. XVII вв.). М., 2006. С.11-12.

⁶⁴⁸ См.: Лавровский Н. О древнерусских училищах. Харьков, 1854; Соболевский А. И. Образованность Московской Руси XV – XVII веков. СПб., 1892; Леонтович Ф. И. Школьный вопрос в Древней России // Варшавские университетские известия. 1894. № 5. С. 1–51; Модзалевский Л. Н. Из истории первоначального развития русской школы // Модзалевский Л. Н. Очерк истории воспитания и обучения с древнейших до наших времен. Т. 2. СПб., 2000 (по изд. 1899). С. 321–337; Архангельский А. С. Образование и литература Московской Руси конца XV – XVII вв. Вып. 1–3. Казань, 1898–1901; Харлампович К. В. К вопросу о просвещении на Руси в домонгольский период. Львов, 1902; Либрович С. Ф. История книги в России. М., 2004 (по изд. 1913–1914 гг.); Каптерев П. Ф. История русской педагогики. СПб., 2004 (по изд. 1915 г.); Тітов Хв. Старавища освіти в Київській Україні. XVI – поч. XIXв. Київ, 1924; Сірополко С. Історія освіти в Україні. Львів, 2001; Румянцева В. С. Школьное образование на Руси в XVI – XVII вв. // Советская педагогика. 1983. № 1. С. 103–110; Володихин Д. М. Книжность и просвещение в Московском государстве XVII в. М., 1993; Рогов В. А., Рогов В. В. Образование и юридическая традиция в первые десятилетия русского христианства // Право и образование. 2005. № 3. С. 194–208 и др.

жающую действительность и к системному, научно-организованному образованию, речь о котором можно вести не ранее, чем с рубежа XVII – XVIII вв.

В обустройстве последнего самую решительную роль сыграло государство, выступавшее проводником модернизации западного типа, потеснившее церковь и в ее традиционной роли оплота книжности, учености, знания вообще. Отсюда – устойчивое и пристальное внимание к правительственной политике в сфере образования и науки, соответствующим управленческим механизмам, эволюции идеологии и смене идеологем и идеологических формул, «образовательно-научному» законодательству. Законодательство же еще в начале XIX века обозначило утилитарные цели университетов, сопрягавших, по формуле Н. Лумана, образование и науку: «приуготовление юношества к различным родам государственной службы». Утилитарный контекст оказался устойчивым в императорской России, несмотря на острую критику связи диплома с классовым чина на излете эпохи. Утилитарные смыслы сохранялись и в партийно-государственной системе советских десятилетий, когда вызревало и конституировалось право на образование, а перед наукой ставилась высокая цель повышения эффективности ее воздействия на все стороны жизни советского общества. В частности, научные труды «по истории государства и права, в особенности советского периода» должны были содействовать общественно-политическому и культурному росту советских людей, повышению их социальной активности, утверждению в сознании и поведении граждан СССР высокогуманных принципов и норм социалистического общежития⁶⁴⁹.

Проведение исследований, направленных на познание «фактора власти», эволюции государственного участия в образовательно-научной сфере, как и любых других историко-правовых штудий, нуждается в уточнении исследовательской оптики. Колкий тезис о продолжении доминирования в современной правовой науке идеи единственно правильного решения во многом справедлив⁶⁵⁰. Как наиважнейшее и остроактуальное интерпретируем развивающееся *культурологическое прочтение историко-правовой проблематики*. Культурологический подход прямо аттестован «главным методом исследования историко-правовой действительности», «универсальным способом исследования»⁶⁵¹, а культурологическая составляющая определена содержанием современной постклассической исторической (и историко-

⁶⁴⁹ Советская историко-правовая наука. Очерки становления и развития. М., 1978. С.4–6.

⁶⁵⁰ «Отражая идею правового позитивизма, она и сегодня во многом определяет как сущность практической юриспруденции, так и содержание и развитие правовой науки в России», – отмечает В. Г. Орлов. См.: Орлов В. Г. Особенности общественно-научного и юридического познания // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С.9.

⁶⁵¹ Павлова С.В. Культурологические основы юридической науки // Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений: Коллективная монография / под ред. А.А. Дорской. СПб., 2012. С. 103, 109.

правовой) науки⁶⁵². Любая оценка значительных юридических проблем возможна, считают современные исследователи, только в контексте культуры⁶⁵³, а культурно-историческое измерение права, как замечено, нуждается в актуализации и «приоритетной научной рефлексии»⁶⁵⁴. Образование и наука как культурно-исторические феномены, их роль в государственно-правовом развитии особым образом, органично включены в культурологическое измерение. Кратко остановимся на нескольких аспектах такого измерения.

Не единожды охарактеризованный антропологический поворот в историографии⁶⁵⁵, вызвавший к жизни такие востребованные в XXI в., по мнению И.Л. Честнова, методологии или научно-исследовательские программы, как история ментальностей, микроистория, исторический дискурс-анализ, case-study, лингвистическая история и история понятий, герменевтическая история, историческая антропология, диалогика, представляет собой констатацию значимого и плодотворного исследовательского напряжения. Культурологическое наполнение историко-правового дискурса смещает акцент с великих событий, законодательства на социализированного в данной культуре человека, конструирующего правовые институты, реализующие их в своих практиках и правосознании⁶⁵⁶. «Образовательно-научная» историография испытывает на себе влияние такого подхода сполна. Так, характеризуя состояние изученности социальной группы русского профессорства, исследователи отмечают, что менее прозрачной является область «этнографии университетского сообщества» и «антропологии университетского образования». Объектом изучения в данном исследовательском ракурсе и в указанных зонах наблюдения становятся ценности и этические нормы, «поддерживающие единство довольно разных в возрастном, житейском, этническом и культурно-психологическом отношении людей». Это, как справедливо подчеркнуто, позволяет уйти «от распространенной в российских социальных науках исследовательской традиции, рассматривавшей университет как деперсонифицированный и довольно статичный образовательный институт»⁶⁵⁷.

Малоизученным исследовательским ракурсом обозначен в одном из новых исследований взгляд, прицеленный на становление правовой культуры

⁶⁵² См.: Честнов Л. И. Состояние методологии историко-правовой науки // Наука теории и истории государства и права в поисках новых методологических решений. С.316.

⁶⁵³ Мальцев Г. В. Культура, ценности, право // Право и культура: монография / под общ. ред. В.К. Егорова, Ю.А. Тихомирова, О.Н. Астафьевой. М., 2009. С.70–71.

⁶⁵⁴ Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С.38–39.

⁶⁵⁵ «Антропологическое измерение права» активно обосновывается и в современной российской теории права. См.: Антонов М. В. О коммуникативной теории права Андрея Васильевича Полякова // Российский юридический журнал. 2015. № 6. С.29.

⁶⁵⁶ См.: Честнов Л. И. Состояние методологии историко-правовой науки. С.316–317.

⁶⁵⁷ Вишленкова Е. А., Галиуллина Р. Х., Ильина К. А. Русские профессора: университетская корпоративность или профессиональная солидарность. М., 2012. С.7–8.

российского профессорства, в частности, либерального⁶⁵⁸. Составители антологии по развитию университетской идеи в России прямо отмечают, что «сознательно отказались от публикации законодательных актов», давая дорогу «личностному подходу» и авторским текстам⁶⁵⁹. Университетский профессор права или начинающий преподаватель юридического факультета в контексте инженерии профессиональной карьеры / биобиблиографического рассмотрения / участия в политико-правовой повседневности, безусловно, особенно интересны историку права. Помимо университетских профессоров, внимание исследователей приковано к персоналиям из академического сообщества, а также высокопоставленным бюрократам (министрам народного просвещения и их товарищам, попечителям учебных округов, др.)⁶⁶⁰. Заметен интерес и к другой стороне образовательных (право)отношений, еще одной социальной группе – студенчеству. Если советские историки изучали и показывали вклад революционно настроенного студенчества в общее дело борьбы с царизмом, то в современных работах «через деятельность неполитических (академических) организаций материально-бытовой взаимопомощи, научных культуртрегерских, религиозных, земляческих» исследуется «повседневная культура студенческого сообщества». В орбиту исследований впервые втянуты такие, как пишет А. Е. Иванов, уточненные «произведения» корпоративного творчества интеллигентной молодежи, как «самопереписи», предпринимавшиеся «во имя собственного социального самопознания»⁶⁶¹. Перспективным мыслится изучение студента-юриста и механизмов формирования его правовой и повседневной культуры.

Упомянутый антропологический поворот в исследованиях, стыкующих правовые и образовательно-научные системы, вызвал к жизни несколько направлений. Особо укажем на биографические исследования и актуализацию биобиблиографического метода. Его длительное игнорирование юристами справедливо звучит упреком: ограничиваясь преимущественно историей учений, а не реконструкцией научных биографий, юристы «существенно отстают от своих коллег по гуманитарному цеху (историков, философов, филологов)». При этом не менее справедливо констатируется, что в настоящий период обо-

⁶⁵⁸ См.: Торопов М. В. Правовая культура российской либеральной профессуры в 1860–1870-е годы. Автореф. дис... к.ю.н. М., 2011. С.3.

⁶⁵⁹ Университетская идея в Российской империи XVIII – начала XX веков: Антология / сост. А.Ю. Андреев, С.И. Посохов. М., 2011. С.10–11.

⁶⁶⁰ См.: Стаферова Е.Л. А.В. Головин и либеральные реформы в просвещении (первая половина 1860 гг.). М., 2007; Черказьянова И.В. Попечитель учебного округа Л.И. Лаврентьев и Томский университет: сотрудничество и конфликты // Вестник Томского государственного университета. Сер. История. 2005. № 289. С.178–187; Галиуллина С.Д. Персональный состав попечителей Оренбургского учебного округа // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 356. С.58–61 и др.

⁶⁶¹ Иванов А.Е. Студенческая корпорация России конца XIX – начала XX века: опыт культурной и политической самоорганизации. М., 2004. С.15.

значилось несколько вариантов формирования биобиблиографического жанра и накопления эмпирического материала, что в совокупности можно считать благоприятной предпосылкой для последующих исследований. В частности, называются переиздания известных работ выдающихся ученых, «юбилейные» публикации, издания об отдельных учебных заведениях, некрологи, а также документы личного происхождения⁶⁶².

Строго говоря, значительная часть названной эмпирики в отечественной науке имеет свои давние традиции и определенные особенности. А.А. Вигасиным, к примеру, отмечается, что зачастую в юбилейных и некрологических публикациях об ученых авторы стремятся дать некое историографическое исследование с обширными библиографическими указаниями. Публикатор наследия известного востоковеда и организатора науки С.Ф. Ольденбурга сообщает, что значительную его часть составляют очерки об ученых: некрологи и воспоминания, характеристики научной деятельности. При этом большая часть из написанного им о коллегах – «этюды о людях науки»⁶⁶³. Упоминание выше некрологов позволяет заметить на полях следующее. Изучение значимости некролога, включая его «сознательное конструирование» при жизни («не испортить»), для представителей науки, культуры, общественных и государственных деятелей – несомненно, самодостаточная задача. Активизация в последние годы дискурса по поводу «порчи некрологов» актуализировала кейс XIX в., связанный с попыткой министра народного просвещения И.Д. Делянова уволить писателя Н. С. Лескова с престижной и материально значимой для него должности члена Ученого комитета МНП (1883 г.). Недовольство литературной деятельностью писателя со стороны К.П. Победоносцева, Т.И. Филиппова привело к предложению министра к писателю подать прошение об увольнении. Отказавшийся подавать прошение писатель вызвал у сановника недоумение (зачем же без прошения?) и получил ответ: «Нужно! Хотя бы для некрологов: моего и... вашего». Изгнание Лескова со службы имело большой общественный резонанс⁶⁶⁴.

Характеризуя интерес к био(библио)графическому методу, важно понимать и определенные сложности – по замечанию Е.А. Долговой, «попытка анализировать историю научного сообщества через пестроту индивидуальных био-

⁶⁶² Ящук Т.Ф. Биобиблиографическое направление в исследованиях по истории права // Кросс-культурные взаимодействия в политико-правовой сфере: история, теория, современность. Доклады и сообщения. Материалы Уральских юридических чтений (научная конференция). Екатеринбург, 2010. С.54.

⁶⁶³ Вигасин А. А. Предисловие // Ольденбург С. Ф. Этюды о людях науки / отв. ред. С.Д. Серебряный; сост., предисл., коммент. А. А. Вигасин. М., 2012. С. 20–21.

⁶⁶⁴ См.: Громов П., Эйхенбаум Б. Н. С. Лесков (Очерк творчества) // Лесков Н.С. Собрание сочинений в 11 т. М., 1956. Т. 1. С. XLIX. См. также: Жолковский А. О порче некрологов // Новая газета. 2014. № 46. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.novayagazeta.ru/society/63387.html> (Дата обращения: 15.01.2016 г.).

графий ученых» должна уточняться: «сведение к казуальным исследованиям резко ограничило бы ее когнитивный потенциал». При всем разнообразии, индивидуальности, вариативности и дискуссионности научного пространства существовали структурирующие и объединяющие характеристики – правила, принципы, традиции, неписанные нормы⁶⁶⁵.

И можно ли в целом констатировать наличие канона для интеллектуальной биографии, особенно если говорить о юридической, историко-правовой науке? Так, характеризуя роль профессора С. В. Юшкова в создании кафедры истории государства и права Свердловского юридического института (ныне – Уральского государственного юридического университета), профессор А.С. Смыкалин совершенно справедливо, помимо биографических данных и показанной обширной библиографии, а также литературы об ученом, показывает общий контекст. Таковым выступают и положение дел в вузе, и особенности развития советского юридического образования (частично – науки). Кратко характеризуются схолярные связи: в СЮИ работал ученик маститого историка права И.Д. Мартысевич, один из первых аспирантов вуза, сам впоследствии выдающийся ученый⁶⁶⁶. Однако, полновесный анализ влияния идей Учителя на учеников, как представляется, в интеллектуальных биографиях юристов – большая проблема.

Рассмотрение «фактора власти» в исследованиях образования и науки через культурологическую призму перспективно и в ключе персонификации власти, проблемы личности в ней как носителя политико-правовых идеалов, темы культурно-исторического контекста воплощения идеала в жизнь. В этом смысле весьма плодотворной видится сконструированная современным историком права «триада»: «Личность – Идея – Институт»⁶⁶⁷. Персонификация же образования и науки, а также восприятие источников эпистолярно-мемуарного жанра в истории права не «запасными» (а в качестве равноправных с законом, доктриной, др.) как исследовательские стратегии, приемы со всей очевидностью необходимы и осуществляются. Важным «стыком» здесь выступает ключевая «государственная личность» – министр народного просвещения: постепенно на смену высоким сановникам приходили лица, рекрутировавшиеся из профессиональной образовательно-научной среды. Персонифицированное изучение дея-

⁶⁶⁵ См. подробнее: Ученый в эпоху перемен: Н. И. Кареев в 1914 – 1931 гг. Исследования и материалы / автор-сост. Е.А. Долгова. М., 2015. С. 6.

⁶⁶⁶ Смыкалин А. С. Основоположник курса «История государства и права СССР» профессор Серафим Владимирович Юшков – первый заведующий нашей кафедрой // Помним, думаем, спорим...: сборник статей, посвященных 75-летию со дня основания кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии / [сост. Т. М. Баженова, Н. Н. Зипунникова; отв. ред. А. С. Смыкалин]. Екатеринбург, 2013. С. 5–29.

⁶⁶⁷ См.: Кодан С. В. Юридическая политика Российского государства в 1800-1850-е гг.: деятели, идеи, институты. Екатеринбург, 2005. С. 22.

тельности «государственных личностей» советской эпохи, особенно некоторых наркомов (впоследствии министров), также дает полезные результаты. Т. Ю. Красовицкая отмечает, что «личный подход ... лучше помогает видеть конкретные цели реформирования образования, если делом занимаются не профессионалы революции, а профессиональные педагоги». Совершенно справедливо, но важно и то, о чем также пишет исследовательница, что экспертные советы в Петрограде (малоизвестный аспект истории российского образования), способствовавшие «межпоколенческой передаче знаний», были созданы А.В. Луначарским⁶⁶⁸.

Опосредующее отношение «государство – образование / наука» законодательство, при исследовании которого не обойтись без осмысления не только грандиозных стратегий государства, реформ, контрреформ, но и возникавших казусов, единичных кейсов (типа раскрытия «Дерптской аферы», др.) небесполезно интерпретировать, используя, например, возможности семиотики. Не менее важна и интересна проблема соотношения текста и контекста. Взгляд на нормативный текст как одну из разновидностей текста более чем оправдан; среди прочих функций текста выделяют функцию памяти. Так, текст, по Ю.М. Лотману, не только генератор новых смыслов, но и конденсатор культурной памяти, обладающий способностью сохранять память о своих предшествующих контекстах⁶⁶⁹. Соответственно, сами новые смыслы, официально артикулированные властью посредством закона (законов) об образовании и науке, раскрываются при взгляде на знаки его текста, на системно-структурные связи всех знаков.

Мобилизация возможностей критического, аналитического изучения права демонстрирует перспективность семиотических историко-правовых построений, пусть и при более очевидном объекте и предмете анализа (например, государственной символики⁶⁷⁰). Однако и развивавшееся российское законодательство об образовании и науке может быть вполне благодатным материалом для подобного анализа. Знаками-символами, в терминологии Ч. Пирса⁶⁷¹, особенно притягательным для историка права, могут стать дефиниции, которыми постепенно заполнялась нормативная ткань. Исследования законодательных

⁶⁶⁸ Красовицкая Т. Ю. Российское образование между реформаторством и революционаризмом. Февраль 1917 – 1920 год. М., 2002. С. 269–270. Соответствующую часть работы автор назвала так: «Почему Луначарский остался в Петрограде?».

⁶⁶⁹ См.: Лотман Ю. М. Внутри мыслящих миров. СПб., 2014. С. 27–28.

⁶⁷⁰ См.: Кодан С. В. Семиотика в определении политико-юридических характеристик государственной символики России X – начала XX в. // Актуальные направления анализа права и правоведения: проблема междисциплинарного понимания и сотрудничества: материалы девятых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / отв. ред. и сост. В.Г. Графский. М., 2015. С. 189–194.

⁶⁷¹ См.: Пирс Ч.С. Что такое знак? / пер. А.А. Аргаматовой под ред. Е.В. Борисова // Вестник Томского государственного университета. Философия, социология, политология. 2009. № 3 (7). С. 93–94.

дефиниций, особенно в контексте нынешнего дискурса юристов⁶⁷², могут дать дополнительные возможности для вычленения смысловых структур закона и связей между ними, активизируя наработки структуралистов. В числе дефинируемых категорий, обнаруживаемых, к примеру, в образовательно-научном законодательстве Российской империи – управленческие структуры («Главное правление училищ»), образовательные и научные учреждения («университет», «академия», «малые училища»), лица начальствующие («ректор», «директор»), науки («логика», «науки нравственные»), др. Элементы дефинирования встречаем и в советском законодательстве, где в соответствии с исторической логикой размежевания образовательной и научной деятельности как самостоятельных профессиональных сфер формировались соответствующие нормативные массивы (законодательство об образовании и законодательство о науке).

В качестве новой историко-правовой задачи можно осмысливать историю культуры, образования и науки с позиций не только «рассказанного», но и «показанного прошлого»⁶⁷³. Так, небезынтересно осмыслить формирование в императорский период стратегий государственного санкционирования визуализации памяти (установку памятников⁶⁷⁴, барельефов и т.д.) о выдающихся личностях в исследуемой сфере – М.В. Ломоносове, Н.М. Карамзине, М.М. Сперанском, др. К неязыковым системам мнемонической коммуникации все чаще обращаются историки права при изучении политико-правовых традиций⁶⁷⁵. И идеологический, и культурный контекст такой государственной (партийно-государственной) деятельности в советские десятилетия очевиден в не меньшей степени.

Существенный потенциал сохраняют также кросс-культурная проблематика и методы, осмысление фактора диффузии инноваций⁶⁷⁶. Внешняя открытость / закрытость образовательно-научной системы в императорской России, долгие годы осмысливавшаяся с позиций «реформа – контрреформа» как ис-

⁶⁷² См., например: Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / под ред. В.М. Баранова, П.С. Пацуркивского, Г.О. Матюшкина. Нижний Новгород, 2007.

⁶⁷³ Вишленкова Е. А. Прошлое показанное (вторая половина XVIII – первая четверть XIX века) // Историческая культура императорской России: формирование представлений о прошлом: колл. моногр. / отв. ред. А. Н. Дмитриев. М., 2012. С. 383–417.

⁶⁷⁴ См.: Еремеева С. А. Каменные гости // монументальные памятники коммеморации // Историческая культура императорской России: формирование представлений о прошлом. С. 499–532.

⁶⁷⁵ См.: Соколова Е.С. Культ Аполлона в греко-римской политико-юридической традиции: о мнемонических истоках формирования солярной семантики европейских монархий раннего Нового времени // Genesis: исторические исследования. 2015. № 6. С.420–447. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://e-notabene.ru/hr/article_16407.html (Дата обращения: 20.03.2016 г.).

⁶⁷⁶ См.: Алексеева Е.В. Диффузия европейских инноваций в России (XVIII – начало XX в.). М., 2007.

следовательская проблема оказывается значительно более многослойной, а политико-идеологические влияния не исчерпывают всех объяснений диффузных, трансферных, трансплантационных и иных механизмов макроуровня. Яркой иллюстрацией могут служить выводы, сформулированные в ходе изучения такой специальной отрасли образования и науки как богословие. Так, Н.Ю. Сухова показывает, что при разработке реформ духовных академий 1869 г. и 1884 г. был использован опыт русской системы университетского образования и западного богословского образования, однако ни одна из этих систем не могла быть русскому высшему богословскому образованию полноценным примером. А оценивая ситуацию отсутствия ученых степеней для российских духовных школ до конца XVIII века, исследовательница, среди прочего, отмечает, что «несмотря на многолетнюю ориентацию на европейские академии и университеты, идея «измерения» духовной учености воспринималась не так легко»⁶⁷⁷.

Относительно простой и понятный тезис о закрытости советской системы образования и ее идеологических ориентирах не может быть распространен в полной мере на советскую науку, где трансграничные процессы содержательной и личной коммуникации, взаимовлияния, несмотря на жесткий внешний политико-идеологический контроль, имели место. Изучение этих механизмов, учитывая значительный корпус и документальных, и эго-источников, весьма перспективно.

В контексте сложного столкновения и взаимовлияния «своего» и «чужого» особое политико-правовое, но и историко-культурное значение приобретают «старания о развитии языка природного». В значительной степени справедливым является тезис о преобладании иностранных языков (о «языке-посреднике») в распространении в России просвещения на протяжении почти всего XVIII столетия: понятна и осмыслена ситуация предшествования обучения русскому языку как иностранному, курсам русского языка для «природных россиян». В открытой в 1703 г. в Москве школе пастора Глюка, подготовившему одну из первых грамматик, началось регулярное обучение русскому как иностранному; изучение же русского языка как родного, как считается, началось с середины 1730-х гг. В это же время императорская Академия наук занималась отслеживанием качества переводных материалов и подготовкой словарей⁶⁷⁸. Работавший с конца 1740-х гг. над «Российской грамматикой» и издавший ее в 1755 г. М.В. Ломоносов старался не только об усовершенствовании научного и учебного дела в академических учреждениях и создании универси-

⁶⁷⁷ Сухова Н.Ю. Реформы высшего православного духовного образования в России во второй половине XIX в. Автореф. дисс... к.и.н. М., 2006; Сухова Н. Ю. Русская богословская наука (по докторским и магистерским диссертациям 1870–1918 гг.). М., 2012. С.41.

⁶⁷⁸ См.: Живов В.М. Язык и культура России в XVIII веке. М., 1996. С. 160; Файнштейн М. Ш. «И славу Франции в России превзойти...». Российская академия (1783–1841) и развитие культуры и гуманитарных наук. М.–СПб., 2002. С.15.

тета в Москве, но и печатании книг российских, «здешними российскими наборщиками»⁶⁷⁹. Впоследствии задача продвижения русского языка решалась последовательно (создание Императорской российской академии, соответствующих научных обществ, подготовка учебников, возвращение преподавательских кадров из «природных россиян», др.). О сложности темы для большого государства и сложноустроенного образовательно-научного пространства свидетельствует переориентация преподавания на русский язык в Дерптском (Юрьевском) университете только в конце XIX столетия. Не развивая подробно сюжета, заметим, что политика в области языка, образования, науки, т. е. культуры в широком смысле – важнейший объект и предмет *историко-правового культурологического познания*.

Краткие суждения об образовании и науке в государственно-правовом развитии сквозь призму культурологического подхода хотелось бы подытожить апелляцией к тезису, активно осмысливаемому современными интеллектуалами. Речь идет о создании некой междисциплинарной модели, об объединении истории с другими гуманитарными дисциплинами в одну большую область, называемую «культурологическими исследованиями»⁶⁸⁰.

Т.И. Еремина

Понятие «право государственной службы» в интерпретации российских правоведов XIX- начала XX века

В современных условиях не ослабевает закономерный интерес со стороны исследователей к проблемам становления и функционирования государственной службы. Русская правовая система исторически сложилась как система с преобладающим значением отраслей публичного права, в рамках которого, впервые в истории европейского законодательства, было кодифицировано право государственной гражданской службы. С момента составления Свода законов Российской империи 1832 года право государственной службы существовало как система правовых норм, закрепленных в обособленной части законодательства, окончательно сложившегося к концу XIX столетия в виде уставов о гражданской службе⁶⁸¹. Актуализация знаний имеющегося исторического опыта организации и деятельности государственной службы в российском государстве является не только средством познания, но и обновления нашего общества и государства. Обращение к истории имеет смысл при определении самого

⁶⁷⁹ См.: Михаил Васильевич Ломоносов. Переписка. 1737 – 1765 / сост., подготовка текста и прим. Г.Г. Мартынова; под ред. Б.А. Градовой. М., 2010. С.466-467.

⁶⁸⁰ Доманска Э. Философия истории после постмодернизма [Интервью с Франклином Анкерсмитом]. М., 2010. С.125–126.

⁶⁸¹ Черепанова И.В. Государственная служба Российской империи XIX века (теоретическое исследование): Автореф. дис... канд. юрид. наук. Омск, 2001. С.21.

понятия «государственная служба». Не менее важным представляется уяснение содержания понятия «право государственной службы», которое присутствовало в законодательстве Российской империи и в трудах отечественных правоведов XIX – начала XX века. Исследователи предлагают смысл понятия «государственная служба» и концепцию ее строительства в нашей истории изучать через практику правового регулирования определенного периода, а также ее социального характера⁶⁸². По мнению современных ученых понятие «служба» в истории российского государства употреблялось в ином значении, чем деятельность, работа. Под службой понималось «...отношение, связь, обязанность долга, верности, преданности, готовность исполнить дело, оказать услугу, защитить интересы». Предполагалось, что служба «...заключается в духовной (идейной, ценностной) общности того, кому служат, и того, кто служит; более того, в их совместной принадлежности к какому-либо большому и важному для них идеалу, интересу, делу»⁶⁸³. Служба гражданская, как отмечает В. Евреинов, «весьма долгое время давала обширные преимущества как в общественном сознании, так и в общем гражданском строе, сравнительно с почими частными и общественными профессиями и занятиями»⁶⁸⁴.

Уже в XIX веке ученые-юристы обращали внимание на недостаточную четкость критериев, позволяющих судить о наличии или отсутствии служебных отношений. В одном из документов XIX века отмечалось, что «в действующем уставе о службе по определению от правительства не указано общих признаков государственной службы: практически же под такой службой понимается служба в должности, которой присвоен класс, мундир и пенсия. Но и эти три признака не являются постоянными, а некоторые из них иногда отсутствуют»⁶⁸⁵.

Н.И.Лазаревский в своем труде «Лекции по русскому государственному праву», изданном в 1910 году, отмечал, что служба могла считаться государственной при наличии двух условий: «1) надо, чтобы занимаемая должность относилась к должностям государственной службы; 2) надо, чтобы лица, занимающие данную должность, обладали правом поступления на государственную службу»⁶⁸⁶.

В российском законодательстве XIX века был определен принцип свободного доступа к гражданской службе всех русских подданных неподатных

⁶⁸² Ролдугина О.А. Отечественная историография государственной службы Российской империи (1991- 2005). Автореф. дис.... канд. ист. наук. М., 2005. С.18.

⁶⁸³ Атаманчук Г.В. Сущность государственной службы: история, теория, закон, практика. М.: Изд-во РАГС, 2003. С.93.

⁶⁸⁴ Евреинов В. Гражданское чиновничество в России. СПб., 1887. С.57.

⁶⁸⁵ Зубов В.Е. Реформа гражданской службы в России (конец XIX – начало XX века): монография. Новосибирск: СибАГС, 2005. С.26. См. также Российский государственный исторический архив. Ф.1409. Оп.6. Д.1312. Л.49.

⁶⁸⁶ Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Т. II. СПб., 1910. С.79.

состояний. Составленный М.М. Сперанским Устав о службе по определению от Правительства 1832 года выступал как статут гражданской службы, определяющий категории лиц, имеющих право на государственную службу, устанавливающий механизм реализации субъективных прав в сфере государственной службы и порядок осуществления права на доступ к должностям⁶⁸⁷. В разделе первом Устава был определен порядок поступления на гражданскую службу. Поступление на службу определялось тремя критериями: происхождением, возрастом и образованием. Лицам бывшего податного состояния доступ на классную государственную службу фактически был закрыт. Тем не менее, поскольку гражданская служба была непопулярной среди дворянства, целый ряд гражданских должностей, особенно во второй половине XIX века, был доступен лицам недворянского происхождения.

В первой половине XIX века в юридической политике российского государства государственная служба выделилась как одно из приоритетных ее направлений⁶⁸⁸. С принятием Устава о службе по определению от Правительства 1832 года правовая мысль о государственной службе получила мощный импульс для развития⁶⁸⁹. У истоков научной организации государственной службы в Российской империи стоял М.М.Сперанский. В Уставе о службе им была детально разработана структура субъективных прав государственных служащих: на получение содержания, наград, увольнение в отпуск, увольнение от должности и от службы. М.М.Сперанскому принадлежат разработки как системы русского законодательства о государственной службе, так и отдельных важнейших законов, определивших политику государственной службы и развитие этого института в России более чем на столетие⁶⁹⁰.

Определение государственной службы в русской правовой науке одним из первых было дано профессором Санкт-Петербургского университета Н.М. Коркуновым. Под государственной службой он понимал «публично-правовое отношение служащего к государству, основанное на подчинении и имеющее своим содержанием обязательную деятельность, совершаемую от лица государства и направленную к осуществлению определенной задачи государственной деятельности».⁶⁹¹ Главным элементом этого отношения, как считал Н.М. Коркунов, являются обязанности, а права государственных служащих имеют значение условий успешного выполнения обязанностей. Сущностные, характери-

⁶⁸⁷ Свод законов Российской империи. СПб. 1896. По Продолжению 1906 г. Т. 3. Кн. 1.

⁶⁸⁸ Кодан С.В. Юридическая политика Российского государства в 1800-1850-е гг.: деятели, идеи, институты. Екатеринбург. УрАГС, 2005. С.237.

⁶⁸⁹ См. Байкеева С.Е. Научно-правовые идеи ученых дореволюционной России о государственной службе и ее кадровом обеспечении // Юрист-Правовед. 2008. № 4. С.81-85.

⁶⁹⁰ Черепанова И.В. Государственная служба Российской империи XIX века (теоретическое исследование): Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Омск, 2001. С. 14.

⁶⁹¹ Коркунов Н.М. Русское государственное право. В 2-х т. СПб., 1892. С.271.

зующие признаки государственной службы проанализированы в труде профессора Казанского университета В.В. Ивановского «Русское государственное право». Автор представляет свое определение понятия «государственная служба», которая возникает, по его мнению, тогда, когда носитель верховной власти, не имея возможности всегда осуществлять свою волю лично, нуждается в лицах, которые будут претворять ее в жизнь. Правитель наделяет этих лиц властными полномочиями и, как отмечает В.В. Ивановский, «далее этого общее определение природы государственной службы едва ли может идти»⁶⁹².

Понятие государственной службы изменялось под воздействием новой политической обстановки и условий. Иная по типу власть требовала и иных слуг себе⁶⁹³. В начале XIX века складывается принципиально новый подход к пониманию государственной службы. Как отмечает Т.И. Метушевская, во все предыдущие периоды мы наблюдали внешнюю (формальную) трансформацию понятия государственной службы, когда речь шла о закреплении понятия службы как государственной, основанной на определенных обязательственных отношениях со стороны исполнителя (чиновника). Теперь форма наполнилась содержанием, то есть требованиями, которые государство предъявляло к кандидатам на государственные должности⁶⁹⁴. Следует заметить, что в законодательном порядке осуществлялось оформление не только требований по отношению к кандидатам, но и соответствующих прав (возможностей), реализация которых была связана с определенными условиями. Право государственной службы предоставлялось определенному кругу лиц в соответствии с законодательством.

Профессор Казанского университета Н.К. Нелидов в своей докторской диссертации «Юридические и политические основания государственной службы» (1874 г.) - первом в русской юридической литературе специальном теоретическом исследовании, посвященном государственной службе, проанализировав положения учения Л.Штейна⁶⁹⁵ о государстве и организме исполнительной власти, его понятие государственной службы, приходит к выводу, что по мысли Штейна «государственная служба» ничто иное, как деятельность служащего при отправлении той или другой должности, а право государственной службы...заключает в себе те постановления законодательства, которыми определяются: 1) способы назначения в должности, условия, гарантирующие государству, что назначаемые готовились к службе как к призванию; 2) обязанности чиновников в отношении к государству к своему сословию, и 3) наконец права должностных лиц, вытекающие из необходимости предоставить им личную и

⁶⁹² Ивановский В.В. Русское государственное право. Т.1. Казань, 1895. С.561.

⁶⁹³ Филиппов А.Н. Учебник русского права. Юрьев, 1907. С.412.

⁶⁹⁴ Метушевская Т.И. Генезис научных концепций государственной службы в трудах ученых XIX – XX вв. // Auditorium. 2014. № 2 (2). С.109.

⁶⁹⁵ Лоренц фон Штейн (1815-1890), немецкий правовед, историк, экономист.

хозяйственную независимость и самостоятельность»⁶⁹⁶. Обращаясь к понятию «право государственной службы», Н.К. Нелидов уточняет, что «право государственной службы несет на себе двойной характер. С одной стороны, его определения должны иметь в виду интересы и пользы целого общества, потребности той силы, которая регулирует явления общественной жизни, - силы, обыкновенно называемой государственной властью; с другой стороны нормы, составляющие право государственной службы, не могут пренебрегать и интересами служащих, как частных лиц, для которых служебная деятельность есть источник средств к существованию»⁶⁹⁷. Исходя из последнего, «возникает необходимость определить права служащих государству на их профессию как источник средств к существованию». Нормы, определяющие эти права, входят, как считает Н.Нелидов, в состав особой части «права установлений»⁶⁹⁸, которая охватывает все, «относящееся к частным лицам, как агентам органа государственного начала», включая нормы, «определяющие способы, которыми органы государственного начала обеспечивают себе необходимую для них деятельность частных лиц, как своих агентов..., отношения, которые возникают между органами государственного начала и лицами, занимающими должности»⁶⁹⁹. Так как, по мнению Н.Нелидова, деятельность частных лиц в качестве агентов органа государственного начала «носит имя государственной службы, то и система норм, определяющих эту службу, должна быть названа правом государственной службы». Таким образом, в право государственной службы, «образующее часть права установлений, которое, в свою очередь, является лишь частью целого права государственного устройства», входят, как считает Н.Нелидов, следующие разделы: 1) система норм, определяющих способы назначения на должности, 2) система норм, которые определяют права должностных или служащих лиц на частные выгоды, «вытекающие для них из государственной службы, как профессии, обеспечивающей их существование». К этим правам относятся: а) вознаграждение за труд во время служебной деятельности или право на содержание, получаемое от государства; б) обеспечение положения служащих, когда по старости или болезни они будут не в состоянии продолжать свою деятельность, а также обеспечение семейств служащих лиц в случае смерти последних; в) право должностных лиц на беспрепятственное

⁶⁹⁶ Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С.36-37.

⁶⁹⁷ Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С.1.

⁶⁹⁸ «Соединение нескольких или многих должностей в одно целое, предназначенное для выполнения какой-либо общей задачи, составляет установление. В общепринятой терминологии науки о государстве установления называют органами государственной власти». - Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С.124, 127.

⁶⁹⁹ Там же. С.145.

продолжение своей профессиональной деятельности (государственной службы), «если они готовились к ней как к жизненному призванию»⁷⁰⁰.

Права и обязанности служащего, как лица должностного, по мнению другого правоведа XIX века, профессора императорского Санкт-Петербургского университета А. Д. Градовского, имеют публичный характер и определяются «исключительно соображениями государственной пользы». Как автор известного труда «Начала русского государственного права» А.Д. Градовский предлагает в отношениях служащего различать два элемента: государственный, преобладающий, основной и частный, «добавочный». Государственный элемент проявляется в самом исполнении служащим своей должности, а частный – в том, что принадлежит служащему лично и может быть защищен иском: право на жалованье, право на вознаграждение за вред и убытки, понесенные им при исполнении служебных обязанностей, право на пенсию. Государственную службу А.Д. Градовский определяет как «известное юридическое отношение, возникающее для данного лица, вследствие принятия им определенной государственной должности»⁷⁰¹.

Заслуживают внимания суждения Н.Нелидова о том, какие профессии не могут быть отнесены к государственной службе. По его мнению, «...всякая свободная деятельность, имеющая целью удовлетворение потребностей человека, пока она не направлена к осуществлению назначения государственного начала, есть деятельность частная, не имеющая ничего общего с государственной службой». Но есть некоторые профессии, которые по своей природе, бесспорно, должны быть отнесены к числу частных занятий, удовлетворяющих потребности отдельной личности, но которые само государство возводит в государственную службу и совокупность действий лица, представляющего такую профессию, облакает в форму должности. К таким профессиям Н.Нелидов относит в том числе и «преподавателей наук». Огромное большинство населения без помощи регулирующей деятельности государства была бы лишена возможности учиться. «Регулирующая деятельность государственного начала в сфере образования, считает Н.Нелидов, ...выражается в том, что органы государственного начала устраивают учебные заведения, ...приглашают необходимых для этих учреждений...преподавателей. Таким образом эти лица, занятия которых вообще принадлежат к числу свободных частных профессий, становятся проводниками регулирующей деятельности государственного начала, или агентами его органов, и получают значение должностных лиц; совокупность действий, совершаемых ими по поручению органов государственного начала, принимает характер должности, а их труд признается государственной служ-

⁷⁰⁰ Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С.146.

⁷⁰¹ Градовский А. Начала русского государственного права. Т. II. СПб., 1887. С.47,49.

бой»⁷⁰². Характеризующим признаком государственной службы, по заключению Н.Нелидова, является то, что она (государственная служба) является деятельностью, посвященную государственному началу, с помощью которого его органы выполняют свое специальное назначение в «подлежащих их ведению отдельных сферах общественной жизни», а истинная природа государственной службы состоит в обязанности каждого гражданина быть «...в случае надобности, агентом органов государственного начала». Как известно, учителя приходских, уездных училищ, гимназий, преподаватели университетов Российской империи в соответствии с Уставом о службе по определению от Правительства 1832г. определялись как государственные гражданские служащие. Причисление к классу чиновников лиц частных профессий, считает Н.Нелидов, может иметь место в определенные периоды государственного развития и «чем более развивается экономическая и умственная жизнь населения, тем менее со стороны государства надобности обращать в государственную службу подобные свободные занятия...»⁷⁰³.

В российском законодательстве о государственной службе XIX века относительно различных должностей имели место указания «пользуются правами государственной службы», «не пользуются правами государственной службы». По справедливому замечанию Н.И.Лазаревского, в России не пользуются правами государственной службы, хотя и имеют должностные обязанности, все служащие на должностях коронной службы «по вольному найму». Н.И. Лазаревский дает следующее разъяснение понятия «права государственной службы». По его мнению, надо различать два понятия: 1) «права государственной службы» в смысле совокупности тех личных прав, которые предоставляет само нахождение на государственной службе, 2) «право государственной службы» в смысле права поступления на государственную службу. Поэтому, по мнению Лазаревского, когда в законе встречается это выражение, «необходимо по контексту выяснить, в каком именно смысле оно употреблено. О «правах государственной службы» говорят иногда не только относительно человека, но и относительно должности. В таком случае это выражение означает, что состояние в этой должности сообщает (лицу, вообще могущему их иметь) личные права человека, состоящего на государственной службе»⁷⁰⁴.

Всякий правовой термин когда-то бывает новым, т.е. сначала появляется как идея в теоретических конструкциях, затем анализируется, проверяется, сравнивается, получает содержательное оформление и, наконец, в качестве

⁷⁰² Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С.142.

⁷⁰³ Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С. 143.

⁷⁰⁴ Лазаревский Н.И. Лекции по русскому государственному праву. Т. II. СПб., 1910. С.81.

правовой конструкции устанавливается в законодательстве. Известный ученый-юрист Ю.Н.Старилов, автор концепции служебного права, вспоминает, что в начале 1990-х годов ученые стали встречать и использовать категорию «служебное право» в научных дискуссиях. Было необычно использовать этот термин. «Больше подходило, наверное, понятие «право государственной службы», что тоже не являлось традиционным для российской правовой системы». С течением времени служебное право прочно вошло в юридическую терминологию в нашей стране⁷⁰⁵. Следует заметить, что уже в XIX веке В.В. Ивановский в своем сочинении «Русское государственное право» в качестве самостоятельной части сочинения определил право государственной службы и определил предмет права государственной службы. Главными в праве государственной службы Ивановский считал правовые отношения между служащими и начальствующими лицами.

Исследуя институт государственной службы, отечественные юристы XIX- начала XX века уделяли значительное внимание вопросам сущностных характеристик и содержания понятий «государственная служба», «право государственной службы». В правовых исследованиях юристов того периода представлены соответствующие структурные и смысловые, содержательные характеристики этих понятий, разграничение сходных понятий. Развитие современного института государственной службы в Российской Федерации и соответствующего законодательства возможно при уточнении, уяснении и закреплении основных понятий, которые имеют важное значение в понимании сущности института государственной службы. Теоретические научные подходы по осмыслению сути основных понятий государственной службы, предпринятые правоведами российского государства в XIX веке, представляют в этом отношении безусловный научный и практический интерес.

С.В. Кодан

Документы РСДРП-ВКП(б)-КПСС в системе источников изучения социалистического правопонимания⁷⁰⁶

Изучение государственно-правового строительства и развития РСФСР, а затем и СССР в условиях сложившейся и функционировавшей в 1917 – середине 1980-х гг. партийно-государственной системы управления и нормирования общественных отношений требует рассмотрение советского государства и права через призму не только оснований советского права, но и заложенного в них официального правопонимания. Вопрос о партийных документах в про-

⁷⁰⁵ Старилов Ю.Н. Государственная служба и служебное право. М., 2015. С. 201.

⁷⁰⁶ Материал подготовлен в рамках реализации финансируемого РГНФ проекта проведения научных исследований № 15-03-00624 «Источниковедение истории государства и права России (1917 - 1990-е гг.)».

блемном поле историко-юридического источниковедения весьма сложен и неоднозначен. Проблема изучения партийных документах как носителей историко-юридической информации в последние годы активно обсуждается в научных исследованиях. Постсоветский период развития исторического источниковедения не только вывел изучение проблемы включения партийных документов в систему источников советского права на уровень теоретических вопросов, но и способствовал широкому введению в научный оборот ранее засекреченных материалов партийного делопроизводства. Этому также содействуют и тематические издания документов по отдельным направлениям деятельности коммунистической партии и государства в СССР, которые в 1990-2010-е гг. высветили многие вопросы деятельности РСДРП(б), РКПБ(б)-ВКП(б)-КПСС из строящего режима секретности. При этом остается немало нерешенных проблем, связанных с отнесением партийных документов к источникам права и их роли в изучении социалистического правопонимания.

Система источников изучения социалистического права и правопонимания включают четыре групп тесно взаимосвязанных между собой носителей исторической информации. (1) Работы классиков марксизма-ленинизма и лидеров коммунистической партии. (2) Партийные документы – программы, решения и материалы съездов и конференций, постановления ЦК и решения Политбюро РСДРП-ВКП(б)-КПСС. (3) Правовые акты, среди которых в точки зрения легализации партийно-идеологических установок особое значение имели конституционные акты и совместные постановления ЦК ВКП(б) и Совета Народных Комиссаров СССР (позднее ЦК КПСС и Совета Министров СССР). (4) Произведения советских юристов. Первая и четвертая группа источников достаточно хорошо представлены в работах по исследованию правопонимания. В рамках данного материала акцентируем внимание на месте и роли партийных документов как источников изучения права и правопонимания.

Современное проблемное поле определения места и роли партийных документов в системе источников права и источников изучения сущностных характеристик права в СССР отражает достаточно широкую палитру взглядов, представленных широким комплексом исследований, так или иначе затрагивающих эту проблематику. В исторической и историко-юридической науках последних лет вопросы изучения источников изучения идеологических основ формирования и развития Советского государства и права в 1917–1980-е гг. и места в этих процессах коммунистической партии находятся в числе узловых и активно обсуждаемых. Диапазон существующих мнений относительно их места в определении сущностных характеристик советского права достаточно широк от полного отрицания до полного признания за партийными документами статуса источников права. Приведем две точки зрения, наиболее ярко их характеризующие.

(1) Партийные документы не являются источниками права. Данную точку зрения наиболее рельефно представили О.В. Винниченко и А.М. Ваганов. Они, проанализировав сложившиеся в юридической науке подходы к определению статуса партийных документов как источников права, считают «возможным не отходить от существующих в теории права на данный момент представлений об источниках права, в систему которых не попадают документы партийных организаций». Другое дело, когда производится легитимация решений партийными правовыми актами, но здесь опять же мы будем говорить об официально признанных источниках права». Не проясняет (и даже несколько запутывает) вопрос авторское суждение, что «образование правовой системы советского общества, в которой фактически большую силу имели партийные акты, являющиеся неправовыми регуляторами, стало результатом не простого стечения обстоятельств в рассматриваемый исторический период, а было моментом в общей российской правовой традиции приоритета власти над правом и распространности правового нигилизма»⁷⁰⁷. Возникает вопрос – какова природа (политическая, идеологическая, нормативная) партийных документов и их значение в правовом регулировании и правоприменительных практиках? Какова их роль в трансляции в общество, в закреплении в праве политико-идеологических установок и подходов к пониманию права?

(2) Партийные акты в конкретно-исторических условиях являлись источниками права. Эту точку зрения представили И.В. Минникес и С.А. Токмин. Они рассматривают партийные акты через призму признаков нормы права и, соответственно, вводя их в систему источников права. Скрупулёзный, пошаговый анализ авторов сопоставляет эти два носителя регулятивной информации с приведением в качестве аргументов конкретных решений высших партийных органов. В итоге они приходят к выводу, что «нормы общего действия, содержащиеся в партийных актах, в полной мере соответствуют признакам нормы права» и признают за первыми статус источника права⁷⁰⁸. И здесь вопрос – в чем же отличие политико-идеологических норм и регуляторов отношений в социалистическом обществе? Каковы особенности природы партийных документов с точки зрения закрепления определенных, соответствующих именно социалистическому правопониманию ориентиров.

Эти подходы, при всей их внешней полярности, существенно близки в их базовых основаниях – они преимущественно основываются на формально-юридическом анализе признаков партийных актов как источников права, отри-

⁷⁰⁷ Винниченко О.В., Ваганов А.М. К вопросу об определении статуса партийных документов в системе источников советского права // Вестник Тюменского государственного университета. 2012. № 3. С. 207-208.

⁷⁰⁸ Минникес И.В., Токмин С.А. Партийный акт как источник права // Академический юридический журнал. 2014. № 4. С. 4-12.

чая их в качестве таковых или связывая с наличием в них предписаний, аналогичных по своему характеру нормативно правовым. В них не достаточно учитывается организация системы осуществления власти и регулирования отношений в советском обществе, в котором коммунистическая партия являлась главным субъектом властно-регулятивных отношений, а советское государство и право выполняли роль инструментов реализации идеологических установок и политических решений партии, а чаще всего её лидеров.

Изучение вопросов особенностей политической и правовой организации советского общества в плане определения статуса партийных документов в системе источников права выступает в качестве важнейшей задачи источниковедения Советского государства и права. Эти вопросы не были решены в советских общественных науках – ни представители «научного коммунизма», ни историческая и юридическая наука не отвечали на этот вопрос однозначно. Государство и право рассматривались в контексте политико-правовой традиции их понимания, пришедших из дореволюционного правоведения, но с определенной марксистско-ленинской идеологической окраской. За коммунистической партией признавалась лишь роль «руководящей и направляющей силы», которая достаточно эффективно использовало государственное управление и право для реализации собственных политических решений. При этом необходимо учитывать и то, что советская наука располагала лишь открытыми источниками – подавляющее большинство материалов носило секретный характер и хранилось в закрытых архивах КПСС и государственных органов.

Вопрос о сущности советского государстве все же «бродил» в умах советских ученых - философ М.К. Мамардашвили в дневниковых записях еще в конце 1960-х гг., рассуждая о характере власти, отмечал, что советское государство «не является государством в точном смысле этого понятия»⁷⁰⁹. Но советское обществоведение не выходило (да и не могло выйти) за рамки «партийности науки», которые тщательно оберегались идеологической машиной коммунистической, которая при необходимости привлекала всю средства репрессивной системы и цензуры. Тем не менее советская наука накопила интереснейший и научно значимый материал для современного изучения советской государственности и права, который не должен игнорироваться исследователями и который в сопоставлении с современными наработками российских ученых-гуманитариев дает реальные представления о идеологических и политических основаниях советской политической системы, для определения реальных взаимоотношений коммунистической партии и Советского государства, использования государственного аппарата и законодательства для легитимации и легализации партийных решений идеологического и политического характера. В

⁷⁰⁹ Мамардашвили М.К. Необходимость себя. Лекции. Статьи. Философские заметки. М., 1996. С. 164-165.

этом отношении не утратили своего определенного научного значения (при условии определенных корректив на условия написания работ) произведения советских правоведов, которые выступают важным источником для изучения государственно-правового развития СССР⁷¹⁰. Также заметим, что деятели русского зарубежья – покинувшие страну после октября 1917 г. и высланные из России политические деятели, ученые и писатели – внесли свой вклад к изучению советской государственности и права. Их публикации после их перевода из «закромов спецхрана» в свободный доступ библиотек в 1990-2010-е гг. представляют широкую палитру суждений

Вопрос о характере осуществления власти и роли коммунистической партии в процессах государственного управления и развития законодательства актуализировался в условиях произошедших во второй половине 1980-х гг. коренных изменений в политической системе СССР. Упразднение монополии КПСС на власть и социальное управление в условия реформирования государственно-правовой системы Российской Федерации поставили вопрос о прекращении деятельности коммунистической партии, что попытался сделать Президент Российской Федерации РФ Б.Н. Ельцин указом «О деятельности КПСС и КП РСФСР» от 6 ноября 1991 г. Данный указ интересен официальной констатацией, что в СССР существовал «особый механизм формирования и реализации политической власти путем сращивания с государственными структурами или их прямым подчинением КПСС. Руководящие структуры КПСС осуществляли свою собственную диктатуру, создавали за государственный счет имущественную основу для неограниченной власти... Именно на руководящих структурах КПСС, фактически поглотивших государство и распорядившихся им как собственным инструментом, лежит ответственность за исторический тупик, в которой загнаны народы Советского Союза, и тот развал, к которому мы пришли. Деятельность этих структур носила явный антинародный, антиконституционный характер, была прямо связана с разжиганием среди народов страны религиозной, социальной и национальной розни, посягательством на основополагающие, признанные всем международным сообществом права и свободы человека и гражданина»⁷¹¹. В Конституционный Суд РСФСР обратились две группы Верховного Совета РСФСР: одна – о признании решения неконституционными., а другая - признать деятельность КПСС и КП РСФСР неконституционной. И хотя Конституционный Суд не поставил точку (да и не смог бы этого сделать) в «деле КПСС» и признал указ неконституционным, он

⁷¹⁰ См: Кодан С.В. С.С. Алексеев о месте и роли КПСС в правовом развитии советского общества // Российский юридический журнал. 2015. № 3.

⁷¹¹ См.: Указ Президента РСФСР от 6 ноября 1991 г. № 169 «О деятельности КПСС и КП РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991 г. № 45. Ст. 1537.

в Постановлении суда от 30 ноября 1992 г. на уровне коллегии профессиональных судей-юристов констатировал – «В стране в течение длительного времени господствовал режим неограниченной, опирающейся на насилие власти узкой группы коммунистических функционеров, объединенных в политбюро ЦК КПСС по главе с генеральным секретарем ЦК КПСС. Имеющиеся в деле материалы свидетельствуют о том, что руководящие органы и высшие должностные лица КПСС действовали в подавляющем большинстве случаев втайне от рядовых членов КПСС, а нередко - и от ответственных функционеров партии. На нижестоящих уровнях управления вплоть до района реальная власть принадлежала первым секретарям соответствующих партийных комитетов... Материалами дела, в том числе показаниями свидетелей, подтверждается, что руководящие структуры КПСС были инициаторами, а структуры на местах - зачастую проводниками политики репрессий в отношении миллионов советских людей, в том числе в отношении депортированных народов. Так продолжалось десятилетиями»⁷¹². Данный документ содержит также еще ряд положений, подтверждающих присвоение КПСС государственно-властных полномочий, а опубликованные материалы процесса в Конституционном Суде «по делу КПСС» являются весьма интересным источником по изучению истории Советского государства и права⁷¹³. Этот процесс поставил вопрос – каковыми являлись СССР реальные механизмы власти, управления и правового регулирования.

За последние двадцать пять лет ситуация существенно изменилась. Информационная база изучения истории Советского государства и права качественно расширилась как за счет рассекречивания общего массива документов партийных и государственных структур, так и в плане диапазона доступных носителей информации. При этом пока еще существующая «приоткрытость» ряда фондов архивов и даже «прикрытость» ранее рассекреченных и доступных архивных документов существенно не влияют на исследовательские возможности изучения партийно-государственных механизмов управления и нормирования жизнедеятельности советского общества. В период 1990-х - 2010-х гг. работа сотрудников государственных архивов по рассекречиванию архивных рядов документов о деятельности государственных структур, и, особенно, КПСС позволили исследователям опереться на носители информации, которые ранее были

⁷¹² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 1992 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности Указов Президента РФ от 23 августа 1991 года № 79 "О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР", от 25 августа 1991 года № 90 "Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР" и от 6 ноября 1991 года № 169 "О деятельности КПСС и КП РСФСР", а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР"» // Собр. законодательства РФ. 1993. № 11. Ст. 400.

⁷¹³ См: Материалы дела о проверке конституционности указов Президента РФ, касающихся деятельности КПСС и КП РСФСР, а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР. М., 1996-1999. Т. 1-6.

закрыты для исследователей. Объединенными усилиями историков и архивистов были выявлены и опубликованы тематические подборки документов по широкому спектру направлений, которые дают возможность изучить и оценить реальные механизмы осуществления власти и правового регулирования в 1917-1980-е гг. В распоряжении исследователей многочисленные издания Российского государственного архива РФ, Российского государственного архива новейшей истории, Российского государственного военного архива, региональных архивных хранилищ. Значительный объем документальных источников представлен исследователям фондом «Демократия» (фонд А.Н. Яковлева) – это издания серии «Россия. XX век» и одноименный сетевой альманах, содержащий более 12 тыс. в электронном виде документов). Многочисленные издания документов увидели свет в рамках совместного проекта «История сталинизма» издательства «Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН)», который реализуется совместно с Фондом Первого Президента России Б.Н. Ельцина. Большое количество документов опубликовано в различных периодических изданиях научного и публицистического характера. Публикации документов, их археографический и содержательный анализ убедительно показали особую роль коммунистической партии в определении идеологических основ, организации и повседневном руководстве деятельностью различных органов и учреждений Советского государства, а также в постоянное участие партии в нормативном регулировании.

В период 1990-2010-х гг. представители современной гуманитарной науки - историки, политологи, социологи, юристы – определили подходы к изучению советской государственности и права, значительно расширили в различных планах границы представлений о природе и механизмах властвования и правового регулирования в советском обществе⁷¹⁴. Особое внимание было уделено влиянию вождей коммунистической партии, особенно И.В. Сталина и его окружения, на развитие советской государственности, направления политики Советского государства, содержание законодательства. В историко-юридической науке появились работы В.С. Нерсисянца, Л.С. Мамута, В.Г. Графского, В.М. Сырых, И.А. Исаева, М.А. Исаева и др., связанные с осмыслением идеологических основ советского государства, ролью отдельных деятелей в его становлении и развитии, особенностях советского изучения государственно-правового развития, местного самоуправления и др. Особо выделю коллективное монографическое исследование сотрудников Института государства и права РАН «Советский государственный строй: реалии, проекты, идеи, споры» (отв. редактор доктор юридических наук, профессор Ю.Л. Шульженко), кото-

⁷¹⁴ См.: Павлова И.В. Механизм сталинской власти: становление и функционирование. 1917-1941. Новосибирск, 2001; Хлевнюк О.В. Политбюро. Механизмы политической власти в 30-е годы. М., 1996 и др.

рые охватывают 1917-1940 и 1945-1985 гг. представляют попытку осмысления советской государственности и правового развития через призму конституционного права⁷¹⁵.

Важное значение для изучения особенностей Советского государства и права имеют юридические и политологические исследования взаимодействия идеологии и политики в развитии государственно-правовой системы, получило определённое теоретическое освещение, что позволяет использовать эти научные наработки в изучении историко-юридических процессов и институтов относительно Советского государства и права. Выделяя идеологическую и политическую функции в деятельности государства и правовом регулировании, авторы этих работ обращают внимание на то, что посредством этих функций определяются основные направления воздействия государственно-правовых институтов на развитие социума и они устремлены на позиционирование и укрепление положения в обществе политических сил, стоящих у власти и легитимирующих свои взгляды на государство и право, отражают их идеологические установки и политические решения в деятельности государства и содержании законодательства и выступают как инструмент прогресса или регресса в общественном развитии⁷¹⁶.

Партийно-государственная система управления и правового регулирования в советском обществе в 1917 – 1980-х гг. строилась на основе марксистских и ленинских идеологических конструкций. Советское государство и право не знало исторических аналогов в отечественной истории и лишь кратковременный опыт Парижской коммуны (1871 г.) в формировании первого пролетарского государства и права в теоретической интерпретации К. Маркса и Ф. Энгельса создавал некие идеологические ориентиры. К. Маркс подчеркивал, что «между капиталистическим и коммунистическим обществом лежит период революционного превращения первого во второе. Этому периоду соответствует и политический переходный период, и государство этого периода не может быть ничем иным, кроме как революционной диктатурой пролетариата»⁷¹⁷. Этот постулат и был взят В.И. Лениным в качестве исходного начала для советского государственного и правового строительства, которое строилось на идеологических

⁷¹⁵ См.: Советский государственный строй: реалии, проекты, идеи, споры. (1917-1940 гг.). М., 2010; Советский государственный строй: реалии, проекты, идеи, споры. (1945-1985 гг.). М., 2012.

⁷¹⁶ Туманов В.А. Идеология и право: некоторые аспекты взаимодействия // Советское государство и право. 1984. № 4; Рыбаков В.А. К вопросу о роли идеологии в современном государстве // Вестник Омского ун-та. 1998. Вып. 1; Радько Т.Н. Об идеологической функции права // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2013. № 4; Морозова Л.А. К вопросу об идеологической функции государства и общегосударственной идеологии // Государство и право. 2015. № 12.

⁷¹⁷ Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К. Сочинения. Изд. 2-е. М., 1961. Т. 19. С. 27.

конструкциях диктатуры пролетариата как разновидности государственной власти и пролетарского права как выразителя воли рабочих и крестьян. Характерно, что не кто иной как идеолог и основатель государственности и права «нового типа» В.И. Ленин, выступая на XI съезде ВКП(б) 27 марта 1922 г., формирование государственно-правовых институтов как «величайшее историческое изобретение»⁷¹⁸. Идеологические основания советского государства и права в второй половине 1920-х - начале 1950-х гг. в интерпретации В.И. Сталина получили новое звучание и воплощение в особой роли коммунистической партии и ее вождя в строительстве социализма в условиях враждебного окружения и усиления классово-борьбы внутри страны, а в итоге к диктатуре личной власти и культу личности вождя. Вопросы оценки сущности советского государства и права возникли в период оценки культа личности Сталина и «хрущевской оттепели» 1960-х гг., но не нашли существенного отражения в идеологии и политике. КПСС продолжила прежнюю линию использования государства и права в качестве инструмента реализации своей идеологии и политики.

Политико-юридическая природа Советского государства и права не может рассматриваться в отрыве сложившейся и функционировавшей партийно-государственной системы управления и правового регулирования в советском обществе в 1917–1980-х гг. Своеобразие системы властвования в СССР состояло в том, что партия и государство были неразрывно связаны в единый механизм. Его весьма образно характеризует А.А. Зиновьев – «Государственный аппарат коммунистического общества состоит из стержневого аппарата и целой сети других аппаратов власти, подчиненных стержневому и являющихся его разветвлением и продолжением. Это – не различные формы и аппараты власти, а элементы одного-единственного аппарата власти. В Советском Союзе стержневая часть государственного аппарата называется партийным аппаратом. Она видимым образом связывает себя с партией, рассматривает себя как партийный аппарат, хотя фактическое положение тут несколько иное. Ответвлениями и продолжениями стержневой части государственного аппарата являются советы, министерства, профсоюзы, карательные органы, идеологический аппарат, военные и спортивные учреждения и т.д. ... Особенность стержневой части государственного аппарата состоит в следующем. Во-первых, она имеет иерархическое строение от самого верха власти до самых малых территориальных единиц – районов. Районный комитет партии является стержневой частью власти в районе, областной – в области, и так до самого верха. ... Вторая особенность стержневой части государственного аппарата состоит в том, что она в концентрированной форме содержит в себе все важнейшие функции и потенции госу-

⁷¹⁸ Ленин В.И. Политический отчет Центрального Комитета РКП(б) // Ленин В.И. Полн. собр. соч. М., 1970. Т.45. С.109.

дарственного аппарата вообще, которые в деталях разворачиваются в целую совокупность специальных учреждений в различных ответвлениях государственного аппарата. Отсюда создается иллюзия, будто партийный аппарат дублирует аппарат управления промышленностью, сельским хозяйством, наукой, армией и другими сферами общества. Он дублирует, но так, что в нем крепятся лишь корни и нервы ответвлений, разрастающихся в самостоятельные (до некоторой степени) органы»⁷¹⁹.

Положение коммунистической партии в политической системе советского общества и система ее взаимоотношений с Советским государством не отличалось правовой определенностью. Конституция РСФСР 1918 г., а затем Конституции СССР 1924, 1936 и 1977 гг. всю полноту государственной власти официально, формально-юридически закрепляли за Советским государством. Первая советская конституция – Конституция РСФСР 1918 г. (при ярко закрепленной в ней идеологической позиции РСДРП(б) относительно организации государственной власти и правового регулирования) прямо не упоминала об участии партий в осуществлении властных полномочий. Конституция СССР 1936 г. прямо не определяла место коммунистической партии в политической и государственной организации в СССР и «встраивалась» в право граждан «на объединения в общественные организации» – «В соответствии с интересами трудящихся и в целях развития организационной самостоятельности и политической активности народных масс гражданам СССР обеспечивается право объединения в общественные организации: профессиональные союзы, кооперативные объединения, организации молодежи, спортивные и оборонные организации, культурные, технические и научные общества, а наиболее активные и сознательные граждане из рядов рабочего класса и других слоев трудящихся объединяются во Всесоюзную коммунистическую партию (большевиков), являющуюся передовым отрядом трудящихся в их борьбе за укрепление и развитие социалистического строя и представляющую руководящее ядро всех организаций трудящихся, как общественных, так и государственных»⁷²⁰. Выделенные положения данной статьи, тем не менее, конституционно обозначили положение коммунистической партии в политической организации советского общества с ее претензией на руководящую роль в социалистическом строительстве.

Конституция СССР 1977 г. содержит уже более четкое и определенное положение коммунистической партии в политической организации советского общества, а также ее место в определении идеологических основ и политических решений – «Руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза. КПСС существу-

⁷¹⁹ Зиновьев А.А. Коммунизм как реальность. М., 1994. С. 211-212.

⁷²⁰ Конституция СССР. М., 1936. Ст. 126.

ет для народа и служит народу. Вооруженная марксистско-ленинским учением, Коммунистическая партия определяет генеральную перспективу развития общества, линию внутренней и внешней политики СССР, руководит великой созидательной деятельностью советского народа, придает планомерный научно обоснованный характер его борьбе за победу коммунизма. Все партийные организации действуют в рамках Конституции СССР»⁷²¹. Но это достаточно общие, политико-идеологические, декларативные нормы, которые не конкретизируются в конституции.

Советское государство как элемент политической организации советского общества не занимало центральное место в осуществлении политической власти, оно как политико-управленческое образование в осуществлении своей деятельности прежде всего представляло идеологические и политические интересы коммунистической партии, выступало инструментом реализации партийных решений. Ряд исторических исследований показали, что с начала 1920-х гг. в условиях перехода от «диктатуры пролетариата» к «диктатуре партии» Советское государство все более становилось и в 1930-е гг. стало своеобразной внешней, официальной «оболочкой» высшего партийного управления и регулирования отношений в советском обществе. Высшие органы Советского государства занимали вторичное, подчиненное место относительно высших органов коммунистической партии. Центром формирования идеологии и принятия всех основных политических, управленческих и законодательных решений в СССР являлось Политбюро ЦК ВКП(б)-КПСС (в 1952-1966 гг. – Президиум ЦК). Политбюро полностью руководило всей централизованной системой политического и государственного управления в СССР с безусловным политическим и личностным доминированием генерального секретаря ЦК – И.В. Сталина, а затем существенным влиянием Н.С. Хрущева, Л.И. Брежнева, Ю.В. Андропова, К.У. Черненко, М.С. Горбачёва. Приведу мнение составителей сборника документов «Сталинское Политбюро в 30-е годы» - «Политбюро предопределяло все основные направления развития страны (а также рассматривало массу сравнительно мелких и второстепенных проблем), выступало главным арбитром при разрешении ключевых межведомственных противоречий, непосредственно организовывало исполнение многих своих постановлений и старалось держать под тщательным контролем всю систему власти. Значительное количество принципиальных решений и действий, формально исходивших от различных государственных органов (например, ЦИК СССР, СНК СССР, СТО СССР), на самом деле было результатом деятельности Политбюро. Обязательному утверждению Политбюро подлежали все сколько-нибудь значительные инициативы партийных, государственных, комсомольских, профсоюзных и т.д. инстанций. Руководители Полит-

⁷²¹ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. М., 1977. Ст. 6.

бюро с полным основанием могли заявить: "Государство - это мы"⁷²². Поэтому именно Политбюро можно считать в качестве фактического органа руководства законодательной деятельностью.

Советское право официально представлялось как продукт законодательной деятельности Советского государства и выражалось в форме законов и подзаконных нормативно-правовых актов. Советские конституции (Конституция РСФСР 1918 г., Конституции СССР 1924, 1936, 1977 гг.) определяли процесс и механизмы законотворчества, систему законодательства, требования к соотношению законов и подзаконных актов, принципы законности и правопорядка и др. основы советской правовой системы. При этом политическая организация советского общества, положение в ней государства и, соответственно, функции Советского государства отличалась рядом существенных особенностей, которые не были закреплены конституционно, но определяли и формирование источников права, в которых идеологическая и политические составляющие партийного руководства обществом выступали основой для законодательных и правоприменительных решений.

С.С. Алексеев, анализируя специфику правотворчества в СССР, подчеркивал, «Социалистическое право - такой функционально-связующий компонент политической организации, который в единстве с функционированием государства органически сопряжен с руководящей деятельностью Коммунистической партии. Именно в законах, в юридических нормах находит непосредственное (точнее, наиболее непосредственное после программных документов партии, партийных решений, директив и других руководящих партийных документов) и в то же время осуществляемое через советские органы общегосударственное воплощение партийной политики, выражающей коренные интересы советского народа, глубинные потребности социалистического общества»⁷²³.

Фактически процессами правового регулирования руководило Политбюро ЦК КПСС, которое своими решениями давало поручения по созданию и предопределяло содержание правовых документов, утверждало проекты нормативно-правовых актов различного уровня. После утверждения Политбюро законы «поступали» на рассмотрение законодательных органов, а подзаконные акты следовали из соответствующих центральных органов государства для исполнения в подчиненные учреждения. Затем они облекали форму нормативно-правовых актов соответствующего уровня – законов и подзаконных актов. Публикации документов последних десятилетий представили всю палитру таких партийных решений по вопросам правового развития.

⁷²² Сталинское Политбюро в 30-е годы. Сборник документов. / Сост. О.В. Хлевнюк, А.В. Квашонкин, Л.П. Кошелева, Л.А. Роговая. М., 1995. С.7.

⁷²³ Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС // Правоведение. 1977. № 5. С.20.

Сложившуюся практику доминирующего значения партийных решений политико-идеологического характера в правовом регулировании в СССР весьма четко еще в 1977 г. охарактеризовал С.С. Алексеев, подчеркивая, что «важнейшие законодательные акты Советского государства разрабатываются и принимаются в соответствии с решениями КПСС, ее центральных органов - съездов, Пленумов ЦК, Политбюро. При этом отчетливо просматривается "цепочка" политических актов, которая воплощает руководящую роль КПСС в указанной области. Сначала - решение или иное руководящее положение в партийном документе, затем - общее, часто совместное ЦК КПСС и Совета Министров СССР, партийно-государственное нормативное решение по соответствующему вопросу и, наконец, конкретный нормативный акт государственного органа, а нередко - комплекс актов»⁷²⁴.

Итак, в СССР сложилась специфическая система управления и правового регулирования, основой которой выступал партийно-государственный механизм принятия и реализации политических, идеологических, управленческих решений. С точки зрения источников права необходимо провести четкую границу между двумя группами источников советского права - идеологическими источниками права и юридическими источниками права. Идеологическими источниками советского права, которые определяли принципиально важные и закрепляемые в праве вопросы социалистического правопонимания, выступали работы лидеров коммунистической партии, программные документы и решения партийных органов, которые определяли идеологические и политические направления, стратегические и тактические задачи развития советского общества, которые формой права не являлись. Юридическими источниками советского права выступали нормативно-правовые акты - советское законодательство: конституция, законы и подзаконные акты. Они являлись важнейшим инструментом трансляции в общество на нормативно-правовом уровне идеологии и политических установок и решений КПСС. В данном плане партийные документы является одним из источников изучения как характеристик самого социалистического правопонимания, так и механизмов его внедрения в правовое регулирование.

Е. Л. Поцелуев

Возвращение естественного права в Германии после краха национал-социалистического режима

Естественно-правовая мысль выводит свои фундаментальные принципы из свободы духа, высшей духовной действительности. Школа естественного права направлена, прежде всего, на поиски особой реальности права, несводи-

⁷²⁴ Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС // Правоведение. 1977. № 5. С.15-23.

мой к реальности государственно-властных установлений⁷²⁵. «Идея естественного права сопровождает всю историю человечества, и есть основания полагать, что она никогда не исчезнет из научного обсуждения, - утверждает и делает прогноз в 2015 г. А.В. Поляков. – При этом нужно иметь в виду, что под естественным правом могут пониматься самые различные концепты, прошедшие длительную эволюцию, основное направление которой можно определить как движение от классических теорий естественного права к постклассическим теориям»⁷²⁶. Думаю, что следует согласиться с данным мнением, так как аксиоматично, наличие возрожденного естественного права в Германии и России в середине и особенно во второй половине XIX - начале XX веков⁷²⁷, а также в Западной Европе после окончания Второй мировой войны и в нашей стране (либертарный⁷²⁸ и коммуникативный варианты)⁷²⁹. Доказательством актуальности юснатурализма является создание новых научных работ по данной проблематике⁷³⁰ и новых истолкований философии естественного права (Г. Радбрух,

⁷²⁵ См.: Философия права: учебник / О.Г. Данильян, Л.Д. Байрачная, С.И. Максимов и др. / под ред. О.Г. Данильяна. М.: Эксмо, 2005. С. 158.

⁷²⁶ Поляков А.В. Возможно ли возрождение идеи естественного права в России? // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 5. С. 7.

⁷²⁷ См., напр.: Антонов М.В. История правовой мысли России: конспект лекций. С. - Петербург. филиал Нац. Исслед. Ун-та «Высшая школа экономики». СПб.: Отдел оперативной полиграфии НИУ ВШЭ – С.- Петербург, 2012. 10. Возрожденное естественное право в России. С. 135-145 (о причинах возрождения юснатурализма автор пишет на с. 135).

⁷²⁸ На близость идей Г. Радбруха и В.С. и Нерсесянца автор данной статьи неоднократно обращал внимание как на научных конференциях в ИвГУ, Институте государства и права РАН (на философско-правовых чтениях памяти академика В.С. Нерсесянца), Воронежском государственном университете в 2009-2015 годах и в своих публикациях. См., напр.: Поцелуев Е.Л. Равенство и справедливость в философии права Г. Радбруха (1878-1949) и В.С. Нерсесянца (1938-2005) // Признание права и принцип формального равенства: сб. тр. Междунар. науч. конф. Воронеж, 10-11 июня 2015 г./ отв. ред. В.В. Денисенко. М.: Совр. экономика и право, 2015. С. 279-288.

⁷²⁹ Поляков А.В. Возможно ли возрождение идеи естественного права в России. С. 6, 13-16.

⁷³⁰ См., напр.: Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М.Д. Лахути, Л.Б. Макевой / ред. Л.Б. Макеева. М.: «Рос. полит. энциклопедия» (РОССПЭН), 2004; Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Междунар. отношения, 2004; Ролз Дж. Теория справедливости / пер. с англ. В.В. Целищева. Новосибирск: Изд-во Новосибирск. ун-та, 1995; Бикс Б. О границе, разделяющей теорию естественного права и юридический позитивизм // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2011. С. 69-80; Стомба А.В. Право естества: в попытках переосмысления естественного права // Там же. С. 81-94; Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Там же. С. 458-473; Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М.: ИРИСЭН, Мысль, 2012; Фуллер Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой, под ред. А. Куряева. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Издательский дом NOTA VENE, 2007; Штраус Л. Естественное право и история / пер. с англ. Е. Адлер и Б. Путько. М.: Водолей Publishers, 2007; Чурносков И.М. 1) Концепция справедливости Рональда Дворкина // Политика и общество. 2014. № 3; 2) Концепция права Рональда Дворкина // Там же. № 4; 3) Баланс равенства и свободы в концепции

Л. Фуллер, А. Кауфман и Дж. Финнис)⁷³¹. Их публикации и резко критиковавшего доктрину юснатурализма Г. Кельзена⁷³² переведены на русский язык и существует рефлексия отечественных ученых на их воззрения⁷³³. О вариативности теории «естественного права» (авторы берут это словосочетание в кавычки) пишут в настоящее время и другие исследователи современных проблем правопонимания – А.В. Скоробогатов и А.В. Краснов. При этом они отмечают, что несмотря на многообразие, концепции естественного права имеют сходство в ряде моментов: 1) оно («хорошее», «правильное», «настоящее») противопоставляется позитивному праву («плохому», «неправильному» закону государства); 2) оно существует независимо от общества и государства; 3) оно постоянно и неизменно (на наш взгляд, это явно противоречит идее «возрожденного естественного права» второй половины XIX – начала XX веков. – *Е.П.*); 4) оно - первично, а позитивное – вторично и должно соответствовать идеалу (естественному праву)⁷³⁴.

«Современные теории естественного права продолжают традиции философского осмысления права и опираются на различные доктрины, сложившиеся в современной западноевропейской и американской философии», - утверждают А.В. Скоробогатов и А.В. Краснов. Они имеют в виду религиозные учения (неотомизм, неопрестантантзм и др.), неогегельянство, феноменологию, неокантианство, экзистенциализм, герменевтику и др.⁷³⁵ Эти исследователи приходят к следующему выводу: «Несмотря на то, что теория естественного права прошла огромный путь в своем развитии и претерпела весьма радикальные изменения, несмотря на то, что в настоящее время к естественному праву в значи-

справедливости Джона Ролза // Философия и культура. 2014. № 4; 4) Правовая концепция Рональда Дворкина: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2014 и др.

⁷³¹ См.: Графский В.Г. История политических и правовых учений: учебник. 3-е изд., доп. М.: Норма, 2009. С.648-653.

⁷³² См.: Кельзен Г. 1) Естественное-правовое учение перед трибуналом науки // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр. ; сост. и вступ.ст. М.В. Антонова. СПб.: Издательский дом «Алеф-пресс», 2015. С.241- 338; 2) Что есть справедливость? // Там же. С. 339-374; 3) Проблема справедливости // Там же. С.375-496; 4) Основания учения о естественном праве // Там же. С.497-556.

⁷³³ См.: Куницын А.С. Г. Кельзен и русская естественно-правовая мысль // Нормативная теория Ганса Кельзена и развитие юриспруденции в Европе и США (к 40-летию со дня смерти Г. Кельзена) : материалы VII ежегод. Междунар. науч. конф. Иваново, 8-12 окт. 2013 г. / отв. ред. Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2015. С.116-125; Мачин И.Ф. Кельзен о естественном праве // Там же. С. 126- 133; Антонов М.В. Естественное право в призме чистого учения о праве // Там же. С. 134-153; Engländer A. Die Naturrechtskritik bei Hans Kelsen // Там же. С. 154-165; Энглендер А. Критика естественного права у Ганса Кельзена // Там же. С 166-176; Романовский Г.Б. О нормативном закреплении естественных прав человека (в духе работ Г. Кельзена) // Там же. С.177-190; др.

⁷³⁴ См.: Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Современные концепции правопонимания: учеб. пособие. Казань: Познание, 2013. С.27.

⁷³⁵ Там же. С.40- 48.

тельной мере утрачен интерес, она, тем не менее, продолжает по-прежнему привлекать к себе достаточно большое внимание, вызывать споры, разноречивые суждения и нередко политические и идеологические раздоры»⁷³⁶. По моему мнению, вывод довольно противоречивый: с одной стороны, авторы заявляют о том, что в значительной мере интерес утрачен, а дальше пишут о большом внимании к данной проблеме! Если есть внимание, следовательно, есть и интерес! Мы полагаем, что роль доктрины естественного права за последние 70 с лишним лет невероятно возросла, поскольку ее идеи нашли закрепление в важнейших международных и региональных договорах, конституциях демократических стран и других законах, в решениях высших судебных инстанций передовых в гуманитарном плане стран.

Возвращение естественного права (*Wiederkehr des Naturrechts*)⁷³⁷ в Западной Европе произошло после окончания Второй мировой войны. По оценке современных украинских философов права (Л.Д. Байрачная, О.Г. Данильян, А.П. Дзедань, С.Б. Жданенко, С.И. Максимов и др.), наивысшего развития теория естественного права достигла после вышеуказанного события. По их мнению, «Интенсивный процесс возрождения естественного права в европейской философии права был своеобразным ответом на засилье позитивизма в философии и юриспруденции, которые можно сказать, уверенно капитулировали перед лицом тоталитарной власти»⁷³⁸. А.В. Поляков правильно указывает причины ренессанса естественного права: «Победа антигитлеровской коалиции инициировала вторую волну возрождения естественного права. Пренебрежение к человеческой личности и извращение самой идеи человеческого равенства со стороны нацистского режима были столь вопиющими, что утверждение значимости этих начал стало восприниматься в качестве насущной задачи. Этот процесс сопровождался возвратом к идее автономной личности и ее прав»⁷³⁹. По нашему мнению, это была также реакция на массовые репрессии в тоталитарных государствах, на пытки, на концентрационные лагеря в СССР, Германии и других странах, в которых находились десятки миллионов людей и на геноцид своего народа и (или) других народов.

«Противоположные точки зрения (этатизм и юснатурализм. – *Е.П.*) стали заметны в то время, когда исследования, ориентированные на государственный закон и другие позитивные правовые нормы основательно разрабатывались, стали очевидными противоположные точки зрения, в которых отразились старые (естественно-правовые. – *Е.П.*) представления о праве», - констатирует из-

⁷³⁶ Там же. С. 53.

⁷³⁷ Выражение взято из книги д-ра, проф. Иоганна Брауна: Braun J. Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. München: Verlag C.H. Beck oHG, 2001. S. 8.

⁷³⁸ Философия права. С. 158-159.

⁷³⁹ Поляков А.В. Возможно ли возрождение идеи естественного права в России. С. 11.

вестный немецкий цивилист и философ права, заведующий соответствующей кафедрой университета г. Пассау И. Браун⁷⁴⁰. «После 1945 г. естественное право под влиянием изменившихся условий пришло к новому пониманию, в этот раз, конечно, в его идеалистической версии, – отмечает И. Браун. – Напуганное тем, что несколько лет назад было создано объединенными усилиями, а теперь воспринималось как извращение права, много пытались вновь закрепить право в нерушимых ценностях старой матушки Европы. В настоящее время естественное право стало почти модным словом»⁷⁴¹.

Огромная заслуга в возрождении естественного права в послевоенной Германии принадлежит всемирно знаменитому немецкому ученому-юристу, философу права, министру юстиции Веймарской республики Г. Радбруху (1878-1949)⁷⁴², чьи идеи были востребованы в условиях демилитаризации, денацификации и демократизации страны. «Густав Радбрух считается без сомнения влиятельнейшим философом права 20 столетия», – утверждает известный немецкий ученый-юрист, профессор, доктор Хорст Драйер (Horst Dreier), ссылаюсь при этом на публикации Е. Вольфа (E. Wolf), Ф. фон Хиппеля (F.v.Hippel), Г. Шпенделя (G. Spendel), В. Кюпера (W. Küper), А. Лауфса (A. Laufs), знаменитого А. Кауфмана (Prof. Dr.h.c. mult. A. Kaufmann, 1923-2001) и Х.-П. Шнайдера (H. -P. Schneider), изданные в 1951-1988 гг.⁷⁴³

Точка зрения Радбруха на право существенно изменилась после краха национал-социалистического режима. Трагический опыт тоталитарного правления побудил мыслителя к известной «переоценке ценностей». Радбрух заново обращается к идее естественного права. Наибольшей известностью в это время пользуются две его статьи – «Законное неправое и надзаконное право» и «Пять минут философии права», опубликованные в 1946 г. и возрождающие идею естественного права⁷⁴⁴. Правда, Т. Мертенс (T. Mertens) в 2003 г., проанализи-

⁷⁴⁰ Braun J. Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. S.8. В настоящее время профессор-эмеритус.

⁷⁴¹ Ibid. S.9.

⁷⁴² Rüdters B. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. 2, neue bearbeitete Aufl. München: Verlag C.H. Beck oHG, 2005. S.143. Книга была написана при участии проф., д-ра Акселя Бирка (Prof. Dr. Jur. Axel Birk).

⁷⁴³ См.: Dreier H. Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? // Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift zum 60. Geburtstag von Robert Walter. Herausgegeben von H. Mayer gemeinsam mit C. Jabloner, G. Kucsko-Stadlmayer, R. Laurer, K. Ringhofer, R. Thienel. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991.

⁷⁴⁴ Поляков А.В. Школа «возрожденного» естественного права // Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В. История правовых и политических учений: учебник. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2007. С.375-376; Поцелуев Е.Л. 1) «Возрожденное» естественное право Г. Радбруха в современной российской и немецкоязычной юридической литературе// Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: збірник статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, Л.В. Губерського, І. С. Гриценка; упор. О. В. Кресін. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво

ровавший знаменитую формулу Радбруха пишет, что тот в послевоенный период продолжал отстаивать вариант «мягкого» позитивизма, что развивал и в предвоенные годы⁷⁴⁵.

В первой статье Радбрух отмечал, что юристам, которые формировались в эпоху кончины естественного права (со второй половины XIX в.), неизвестны исключения из действия закона. Закон действует потому, что это закон, и это — закон, если его сила признается в большинстве случаев. Такое понимание закона и его действия Радбрух называет позитивистским. Оно сделало всех, включая юристов, беззащитными перед законами, оправдывающими произвол, т. е. перед преступными законами. В конечном счете они отождествляли право и силу — лишь там, где сила, там право. Не лучшим, по мнению мыслителя, было представление о том, что право — это то, что полезно народу. На деле это всегда означает, что общепользное определяет тот, в чьих руках находится власть⁷⁴⁶. Заслуживает внимания оценка, комментарий и критика этих воззрений М.В. Антоновым: «... нацистов можно упрекнуть во всем, но только не в верности буквальному тексту законов, которыми они пренебрегали, проповедуя идею «обновления права» (*Rechtserneuerung*) – требование переосмыслить законы Веймарской Германии в свете нацистской идеологии) и связанную с этой идеей концепцию «безграничного толкования закона», позволяющую истолковать закон любым образом из соображений политической целесообразности. Поэтому укоры в том, что позитивизм проложил дорогу для фашистского режима, по большей частью безосновательны, тем более что правовая идеология национал-социалистического (также как и сталинского) режима эмплицитно строилась на допущении отхода от закона по мотивам целесообразности»⁷⁴⁷.

«Логос», 2009. С. 175-178; 2) Г. Радбрух (1878-1949) и немецкая неокантианская философия права // Традиции и новаторство русской правовой мысли: история и современность (к 100-летию со дня смерти С.А. Муромцева): материалы IV ежегод. Междунар. науч.-практ. конф. 30 сент.-2 окт. 2010 г.: в 3 ч. / отв. ред. О.В. Кузьмина, Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2010. Ч. 1. С. 169-196; 3) Возвращение естественного права в Германии после Второй мировой войны // Защита и охрана материальных и нематериальных благ: публично-правовые и частноправовые аспекты: материалы III ежегод. Междунар. науч.-практ. семинара. Иваново, 25-26 сент. 2009 г. / отв. ред. О.В. Кузьмина, Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2010. С. 339-357; 4) Густав Радбрух (Gustav Radbruch) (1878-1949) и «возрожденное» естественное право // Науч.-исследовательская деятельность в классическом университете: сб. по итогам науч. конф. Иваново, 24 февр. - 2 марта 2009 г. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2009. Ч. 2. Общественные науки. С. 64-70; 5) Ренессанс естественного права после краха национал-социалистического режима // Вестник РГГУ. Научный журнал. Сер. «Юридические науки». № 8 / 11. 2011. С. 21-30; 6) Равенство и справедливость в философии права Г. Радбруха (1878-1949) и В.С.Нерсесянца (1938-2005). С.279-288.

⁷⁴⁵ См.: Антонов М.В. Естественное право в призме чистого учения о праве. С. 136, примеч.

⁷⁴⁶ Поляков А.В. Школа «возрожденного» естественного права. С.376.

⁷⁴⁷ Антонов М.В. Естественное право в призме чистого учения о праве. С.137.

Эти рассуждения трудно оспорить. Заметим лишь, что господствовавшее в двух названных государствах правопонимание: право – это приказ власти, акцент на принудительности права, формальный подход к праву (право и закон не различаются, содержание права не имеет значения, а также приоритет целесообразности над правом, в том числе и законом, на наш взгляд, сыграли большую негативную роль в применении законодательства этих двух тоталитарных государств, в том числе в отправлении «правосудия» (законосудия).

Ученый считает, что право можно понять только исходя из априорной идеи права, которая определяет цель права. Эта идея в своем внутреннем содержании синтезирует три основных элемента аксиологического характера: справедливость, определенность цели и правовую стабильность. Сущность права, по его мнению, состоит в справедливости. При этом он имеет в виду не материальный, а формальный принцип справедливости и содержание его раскрывается посредством принципа равенства⁷⁴⁸.

Исследователь по-прежнему убежден в том, что право — это воля, стремящаяся к справедливости, а справедливость заключается в том, чтобы судить без оглядки на авторитет и ко всем подходить с одинаковой меркой. Но теперь Радбрух пишет следующее: «Если законы сознательно попирают волю к справедливости, например, предоставляя тому или иному лицу права человека или отказывая в них исключительно по произволу, то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны найти в себе мужество не признавать их правовой характер»⁷⁴⁹.

Радбрух исходил из того, что существуют правовые принципы более авторитетные, чем любые юридические предписания. В этом случае закон, противоречащий такому принципу, не действует. Подобного рода принципы Радбрух и называет естественным правом⁷⁵⁰.

В статье «Законное неправое и надзаконное право» Радбрух развил эти идеи. Он напоминает, что позитивизм не в состоянии самостоятельно обосновать действительность закона. Обоснованием его действительности может служить скорее ценность, которая внутренне присуща закону⁷⁵¹.

Но правовая стабильность – это не единственная правовая ценность, так как наряду с ней существуют целесообразность и справедливость. В иерархии этих ценностей Радбрух ставит целесообразность на последнее место. Возможный конфликт между стабильностью и справедливостью (между спорным по содержанию действующим законом и справедливым, но не выраженным в

⁷⁴⁸ См.: *Философия права*. С.164.

⁷⁴⁹ Поляков А.А. *Школа «возрожденного» естественного права*. С.376.

⁷⁵⁰ Там же.

⁷⁵¹ Там же. С.376-377.

форме закона правом) Радбрух толкует как конфликт между мнимой и реальной справедливостью⁷⁵². По учению Радбруха, где имеются только нормы, там справедливость умерла⁷⁵³.

Как пишут современные исследователи: «...естественно-правовая мысль акцентирует внимание на том, что «право» является правильным по содержанию, а не по юридической форме, поэтому не каждое юридическое решение (законодательное или судебно-административное), являясь формально корректным, содержит в себе право. Закон считается здесь явлением политическим, то есть таким, что допускает возможность при его установлении. Право же является силой, противостоящей произволу, явлением, которое возникает «естественным, природным способом» наряду с другими основными атрибутами социального бытия человека... Отсюда вытекает и другое важное положение естественно-правовой мысли, а именно: содержание закона должно критически оцениваться с позиций знания о естественном, должном праве. Естественно-правовой подход претендует на сущностный, аксиологический анализ, ставит задачей выяснить смысл правовых явлений, то есть явлений, существующих за внешними, формальными свойствами позитивного права, оценивать правовые явления с позиций знания о должном праве и с точки зрения нормативных ценностей, идеалов. Иными словами, поиск естественного права – это поиск универсальных понятий, их основной целью является руководящий идеал, а не конкретное предписание... Поэтому естественное право предусматривает юридические нормы, которые постоянно изменяются (идея естественного права с изменяющимся содержанием возникла еще в возрожденном естественном праве России на рубеже XIX – XX вв. – *Е.П.*). Но само **право имеет свою основу не в юридических нормах, его источником является природа человека, ее дух, а руководящим идеалом – свобода** (выделено мной. – *Е.П.*). На этом и зиждется естественная школа права»⁷⁵⁴.

Радбрух определяет позитивное право, как «порядок и совокупность законов... призванных по сути своей служить справедливости. И этому критерию право нацистов не отвечает ни в целости, ни в отдельных его частях»⁷⁵⁵. «... его формула - абсолютно несправедливое право есть неправое — получила практическое признание и неоднократно использовалась в решениях Федерального суда и Конституционного суда Германии», - справедливо утверждает А.В. Поляков⁷⁵⁶.

⁷⁵² Там же. С.377.

⁷⁵³ Rüthers B. *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. S.143.

⁷⁵⁴ Философия права. С. 159-160.

⁷⁵⁵ Поляков А.В. Школа «возрожденного» естественного права. С.377.

⁷⁵⁶ Там же. С.378.

Г. Радбрух конкретизировал понятие «аморальных законов» и стал отрицать обязательность таких законов для судей, т.е. судья обладает правом отказаться от выполнения тех действующих законов, которые вопиюще несовместимы со справедливостью, фактически полностью ее отрицают. Таким законам Г. Радбрух отказывает в правовой природе, поскольку в них сознательно не признается равенство, составляющее суть справедливости. Привилегии – злейший враг права. По утверждению Ю.М. Юмашева, статья «Законное неправое и надзаконное право» считается наиболее влиятельной философско-правовой статьей XX в. А «формула Радбруха» неоднократно применялась немецкими судами при денацификации Германии и в отношении законов бывшей ГДР»⁷⁵⁷.

Швейцарские ученые Карл-Людвиг Кунц и Марино Мона отмечают, что вечные, фундаментальные нормы, естественно-правовые принципы следует рассматривать как моральную недвусмысленную оценку неправа. Эта констатация появилась лишь после того, как заплатили высокую цену за неясность под названием «право» при национал-социализме в Германии⁷⁵⁸.

Право (в его различии и соотношении с законом) у Радбруха представлено в понятиях «идея права», «надзаконное право», а не посредством понятия «естественное право»... Но его философско-правовая критика юридического позитивизма и настойчивые призывы к восстановлению в юриспруденции «идеи права» и концепцией «надзаконного права» существенно содействовали послевоенному «ренессансу» естественного права в Западной Европе»⁷⁵⁹.

«В этом плане особую роль сыграла работа Радбруха «Законное неправое и надзаконное право» (...), которая вызвала широкую дискуссию в ФРГ и ряде других стран, способствовала консолидации идей и усилий всех тогдашних противников юридического позитивизма и дала заметный толчок активизации естественно-правовых и философско-правовых исследований», - утверждает В.С. Нерсесянц (1938-2005)⁷⁶⁰.

Юридический позитивизм, по мнению Г. Радбруха, ответственен за извращение права при национал-социализме, т.к. он «своим убеждением «закон есть закон» обезоружил немецких юристов перед лицом законов с произвольным и преступным содержанием». Трактовка юридическим позитивизмом власти как центрального критерия действительности права означала готовность юристов к слепому послушанию в отношении всех законодательно оформлен-

⁷⁵⁷ Юмашев Ю.М. Предисловие переводчика // Радбрух Г. Философия права. С.9-10.

⁷⁵⁸ Kunz K.-L., Mona M. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft. 1 Aufl. Bern, Stuttgart, Wien: Haupt Berne, 2006. S.142.

⁷⁵⁹ Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов. М.: Издательская группа ИНФРА-М - НОРМА, 1997. С.568.

⁷⁶⁰ Там же.

ных установлений власти. Правовая наука тем самым капитулировала перед фактичностью любой, в том числе и тоталитарной, власти⁷⁶¹.

«Приказ есть приказ», - говорят солдатам. «Закон есть закон», - говорит юрист. Но в то же время обязанность солдата подчиняться перестает действовать, если он узнает, что целью приказа является преступление или правонарушение. Юристам же спустя столетия после того, как среди них не осталось зачинателей естественно права, не известны подобного рода исключения из действия закона и подчинения ему законопослушных граждан. Закон действует, потому что это закон, и это – закон, если его сила признается в большинстве случаев.

Такое понимание закона и его действия (мы называем это теорией позитивного закона) сделало всех, включая юристов, беззащитными перед законами, оправдывающими произвол, законами ужасными и преступными. В конечном счете, они отождествляли право и силу – лишь там, где сила, только там и право»⁷⁶², - критикует легистское понимание права Г. Радбрух.

Этатистскому подходу ученый противопоставляет неокантинианскую трактовку справедливости как содержательного элемента идеи права и сущности понятия права. При этом у Радбруха речь шла не материальном, а о формальном принципе справедливости, смысл которого раскрывался им через принцип равенства. «Так как справедливость, - писал Радбрух, - указывает нам именно на то, чтобы обходиться так: «равное равно, а неравное неравно», но ничего не говорит о точке зрения, по которой ее следует охарактеризовать как равное или неравное, она определяет лишь отношение, но не способ обхождения»⁷⁶³.

В.П. Малахов правильно отмечает как взаимосвязь справедливости и равенства, так и их отличия, дифференциацию: «Поскольку справедливость выступает в качестве одной из *мер социальной оценки*, то в этом смысле она, несомненно, тесно переплетена с понятием равенства. Но, хотя данная связь действительно существует, она, тем не менее, не может считаться определяющей для понимания сущности справедливости»⁷⁶⁴. В.П. Малахов делает такой вывод в результате следующих умозаключений: «Внутренняя связанность справедливости и равенства может быть значима в двух аспектах. Во-первых, следует учитывать ситуации, когда основной в социальной характеристике общественного отношения становится чисто количественная сторона. Количественное сопоставление «сторон оценки» и на этом основании их приравнивание (уподобление в определенном отношении), конечно же, является абстракцией, но это такая абстракция, которая имеет важнейшее практическое значе-

⁷⁶¹ Там же. С.568-569.

⁷⁶² Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права. С. 225.

⁷⁶³ Нерсесянц В.С. Указ.соч. С. 569.

⁷⁶⁴ Малахов В.П. Философия права: учеб. пособие. М.: Академический проект, 2002. С. 200.

ние. Чистое количество, осознанное как полное равенство, является «порогом чувствительности» содержательной стороны общественного отношения или действия, за которым содержательность становится социально несущественной и неразличимой правовым существом. Чисто количественный подход в социальных оценках характерен для самой примитивной, простой формы справедливости, еще со времен Аристотеля получившей название *уравнивающей*. Она, подобно «прокрустову ложу» устоявшихся общественных взаимоотношений, позволяет самым прямым, непосредственным и легким способом справляться с социальным напряжением и воспроизводить некоторые общественные состояния. Справедливость в данном случае оказывается следствием реализации простого равенства всех по отношению к тому, что выступает их общей мерой. Эта справедливость соотносима лишь с тем в конкретном человеке, что является в нем «человеком вообще» или гражданином»⁷⁶⁵. Однако, вероятнее всего, справедливость воплощается не в самом равенстве, а, как писал Л. Вовенарг, «в любви к равенству». Неизбежные взаимные ограничения индивидов в их желаниях и поведении приводят к их приравниванию, часто называемому справедливостью⁷⁶⁶.

«Во-вторых, связанность справедливости и равенства обнаруживает свою существенность, когда мы сталкиваемся с проблемой установления и выражения меры справедливости, - правильно отмечает В.П. Малахов. – Обычно понятие справедливости и понятие меры справедливости смешиваются, хотя различия между ними носят принципиальный характер. В данном случае справедливость выступает как принцип эквивалентности социальных отношений. (...) Конечно, справедливость, мера которой заключена в некоторой совокупности определенных условий и допущений, не может быть чисто формальной. Она способна стать началом, единящим индивидов, при условии хотя бы минимальной содержательности. И чем значимее становится социальное содержание, тем не существенней оказывается форма, формальность, заложенная в равенстве. Такая справедливость имеет название *распределяющей*»⁷⁶⁷. Действительно, есть *уравнивающая* справедливость (например, равная оплата за равный труд) и *распределяющая* справедливость (например, оплата труда в зависимости от его количества, качества, сложности и т.п.). Как право имеет свое содержание и форму, так и понятие справедливости имеет содержание и форму, поэтому вполне можно согласиться с рассуждениями В.П. Малахова.

« «Закон действует, т.к. это закон». Данное предложение выражает веру в силу властного государственного регулирования. Он надолго завладел с конца 19 в. как законнический позитивизм (в СССР и РФ принято называть его юри-

⁷⁶⁵ Там же.

⁷⁶⁶ См.: Там же. С. 201.

⁷⁶⁷ Там же. С. 201-202.

дическим позитивизмом. – *Е.П.*) континентальной государственно-правовой мыслью. Опыт с государственно-неправовыми системами в прошлом и настоящем научили тому, что законы (судебные решения) также могут иметь преступное содержание. Существует проблема «законного неправа». История права в период национал-социализма предлагает наглядные примеры. Следует упомянуть лишь постановления чрезвычайного уголовного права периода войны и особое трудовое право для евреев и цыган», - констатируют Б. Рютерс и А. Бирк⁷⁶⁸. «Проблема несправедливого государственного нормотворчества древняя. **История права – это в значительной части история государственного права** (выделено мной. – *Е.П.*), - справедливо отмечают вышеуказанные ученые. - Владелец государственной власти всегда находится в позиции превосходства по отношению к подчинившимся нормам гражданам и их объединениям. Поэтому гражданин, общество имеют элементарную потребность не быть безоговорочно подчиненным государственному праву»⁷⁶⁹.

Естественное право имеет задачу служить масштабом и инструментом контроля государственного законного, т.е. позитивного права. «Естественное право должно иметь силу, право требовать ограничивать государственное право. Где оно нарушает «справедливость» и становится «неправом», - излагают идеи Г. Радбруха профессора Б. Рютерс и А. Бирк. – Оно может служить также аргументом для реформаторских стремлений в правовой политике»⁷⁷⁰.

«Идея «естественного права» не в последнюю очередь вышла из этого в любое время возможного и исторически многократно доказанного конфликта между государственным правом и основными ценностями человеческого существования», - говорили немецкие ученые⁷⁷¹.

По мнению Б. Рютерса и А. Бирка, мы знаем только неточно и субъективно, что мы считаем «хорошим» и «плохим», «справедливым» и «несправедливым». Приговоры изменяются к тому же с политическими и социально-культурными обстоятельствами, в рамках которых они выносятся. В этой ситуации высказывания о ценностях и принятии ценностей можно рассматривать как гипотезы. Считается верным предложение Радбруха о том, что признание ценностей является не узнаванием, а признанием, именно таким образом недоказанным гипотезами. Признание ценностей всегда находится во взаимосвязи с правоподобными знаниями⁷⁷².

На наш взгляд, право чтобы быть оптимальным регулятором общественных отношений, эффективным инструментом предупреждения и разрешения

⁷⁶⁸ Rütters B. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. S.188.

⁷⁶⁹ Ibid.

⁷⁷⁰ Ibid. S.189.

⁷⁷¹ Ibid. S.188-189.

⁷⁷² Ibid. S.211.

юридических конфликтов должно, безусловно, учитывать аксиологический аспект: закреплять и охранять ценности, принимаемые в данном социуме или определенном регионе (например, в странах ЕС), международном сообществе. Б. Рютерс и А. Бирк абсолютно правы в том, что государственное право не должно, не имеет права противоречить принципам человеческого достоинства и справедливости, как всегда воспринимались эти понятия⁷⁷³. Чтобы нормы права не отторгались его субъектами, чтобы все адресаты неуклонно следовали им, а не стремились их легально обойти или прямо нарушить, чтобы был режим законности, чтобы как у можно большего числа физических и юридических лиц было соответственно правомерное поведение (желательно активное) и деятельность в рамках закона и как результат – правопорядок; право должно быть рациональным и справедливым⁷⁷⁴.

Действительно, право и мораль, особенно первый институт, имеют динамику. Например, отношение к кровной мести изменилась там, где ослабли кровнородственные связи; из права она превратилась в неправо, было право, а стал запрет, и, наоборот, прелюбодеяние, мужеложство, ведовство, чародейство и т.п. были преступлениями, а теперь в западном и даже квазизападном праве декриминизированы; в ряде государств легализованы однополые браки, эвтаназия (пассивная и даже активная), легкие наркотики. Таким образом, право в известной мере статично, а в определенной – динамично; что, естественно, сказывается и на юридической практике, в том числе судебной. Но никто не требует пересмотреть решения Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов; никто не ставит под сомнение уголовное преследование воров, грабителей, разбойников, насильников, убийц и т.п.

«Радбрух апеллирует к принципам справедливости в той мере, в какой они вошли в состав правового мышления, в убеждения существующих правовых сообществ»⁷⁷⁵. Формула Радбруха многократно применялась в решениях Федерального и Конституционного суда Германии. Мысль Радбруха о priori-

⁷⁷³ Ibid. S.188.

⁷⁷⁴ См.: Поцелуев Е.Л. 1) Справедливость как мифологема, философема, принцип права и принципы юридической ответственности // Принципы права: материалы междунар. науч. - теор. конф. С.-Петербург, 30 нояб. 2006 г. / сост. С.В. Волкова, Н.И. Малышева; под общ. ред. Д.И. Луковской. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С.256-273; 2) Справедливость как мифологема, философема и принцип юридической ответственности // Волкова С.В., Ильин А.В., Малышева Н.И. Принципы права: материалы Всероссийской научно-теоретической конференции // Известия вузов. Правоведение. 2009. № 1. С. 258. О разных подходах к этой категории см. также: Байтеева М.В. Между понятием и смыслом справедливости // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 8-17; Сырых В.М. Материалистическое понимание права и справедливости // Там же. С. 18-34; Честнов И.Л. Концепт справедливости в постклассическом правопонимании // Там же. С. 35-50; Экимов А.И. Право в контексте справедливости: к методологии исследования // Там же. С. 51-61 и др.

⁷⁷⁵ Тихонравов Ю.В. Основы философии права. М.: Вестник, 1997. С. 410.

тете идеи справедливости перед позитивным правом нашла отражение и в решениях по жалобам на произвол Федерального суда Швейцарии. Правда, в интернациональных теоретико-правовых дискуссиях формула Радбруха оспаривается. Такие юридические позитивисты как Герберт Харт энергично отрицают ее, а критики позитивизма, например, Рональд Дворкин (1931-2013), напротив, ее защищали⁷⁷⁶. В конце 50-х годов XX в. формула Радбруха стала предметом заметной полемики между известными теоретиками права - англичанином Г. Хартом (1907-1992) и американцем Лоном Л. Фуллером (1902-1978)⁷⁷⁷.

«В целом философско-правовые концепции неокантианцев внесли существенный вклад в развитие правовой мысли XX в.», - делает вывод В.С. Нерсесянц⁷⁷⁸. Труд Г. Радбруха «Законное неправое и надзаконное право» «сыграл особую роль в процессе возрождения естественного права и в обновлении естественно-правовых исследований в XX столетии»⁷⁷⁹.

Таким образом, для восстановления естественного права были объективные причины, условия и наличие соответствующих ученых-юристов таких как Г. Радбрух. Он внес значительный, возможно, решающий вклад в возрождение естественного права после окончания Второй мировой войны не только в Германии, но и в Европе и мире. Его работы имели не только важное теоретическое, но и практическое значение, поскольку его формула неоднократно использовалась при принятии решений высшими судами Германии и Швейцарии. В отечественной литературе по философии права высказывалась даже мысль о сокрушительном ударе по юридическому позитивизму в Европе в послевоенный период. Различение права и закона с точки зрения их содержания, призыв не следовать нормам преступным законам, не применять их, аксиологический подход к праву, понимание права через такие фундаментальные принципы и ценности, как справедливость и равенство. Это имеет глубочайший смысл и останется актуальным пока идеи гражданского общества, правового государства, плюралистической демократии будут владеть умами людей и будет идти работа по их реализации. Правда, современные немецкие исследователи утверждают, что ренессанс естественного права был недолговечен⁷⁸⁰, в СССР его вообще не было, а в современной России, на наш взгляд, продолжает доминировать, но уже не так безоговорочно, как в советский период, этатистский тип правопонимания. Для нас совершенно очевидно, что право – это не просто приказ государства, это не любая возведенная в закон воля класса, сословия, касты, тейпа, элиты, этноса, иной социальной группы или даже общества, а ин-

⁷⁷⁶ Там же. С. 409.

⁷⁷⁷ См. подроб.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: монография. М.: Рос. академ. правосудия, 2012. С. 112-116.

⁷⁷⁸ Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 572.

⁷⁷⁹ Философия права. С. 158.

⁷⁸⁰ Rütters B. Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. S. 143.

ститут, закрепляющий такие ценности как свобода, справедливость, гуманизм, равенство; разумные и как следствие эффективные нормы. Элементы юснатурализма можно найти в работах сторонников интегративного понимания права⁷⁸¹. Поскольку аксиологический подход к праву необходим, а узконормативный этатистский подход к праву с абсолютизацией роли государства как правотворца, гипертрофией общеобязательности и принудительности права, исключительно формальный подход к праву, необходимо продолжать преодолевать, поэтому реанимация возрожденного естественного права на постсоветском, постсоциалистическом пространстве – это объективная необходимость.

Н.И. Малышева

К вопросу об актуальности юснатурализма в современных условиях

На полях научных «баталий» до сего дня в разных концах мира среди юристов продолжаются дискуссии о понимании права и поисках концепции, адекватно отражающей его сущность в условиях динамично развивающихся общественных отношений с учетом особенностей глобального, регионального и национального правопорядков.

Разноплановые современные тенденции в правовом развитии несомненно требуют своего осмысления и в то же время нередко порождают иллюзию, что только деконструкция старых классических теорий и замена их на новые и новейшие позволит максимально приблизиться к пониманию права. Даже неполный перечень таких тенденций в ряде случаев может вызвать смятение в связи с их терминологической неопределенностью: глобализация, интернационализация, универсализация, интеграция, стандартизация, унификация, гармонизация, гуманизация, политизация, регионализация, специализация и т.д. И все это прилагается к сфере права.

⁷⁸¹ См., напр.: Поцелуев Е.Л. 1) Отечественные и западные традиции интегративного правопонимания // Современные проблемы государства и права: сб. науч. тр. / под ред В.М. Баранова, В.А. Толстика, А.В. Никитина. Н. Новгород: Нижегород. академ. МВД России, 2001. Вып. 6. С. 82-95; 2) Интегративное понимание права // Труды МГЮА: сб. ст. № 10. М.: ООО «Профтехобразование», 2003. С. 206-208; 3) Интегративное понимание права в России на Западе // Зарубежный опыт и национальные традиции в отечественном праве: материалы всерос. науч.-методич. семинара 28-30 июня 2004 г. / под общ. ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. СПб., 2004. С. 45-51; 4) Интегративное понимание права или «рациональное зерно» в многообразии теорий права // Правовые категории: межвуз. сб. науч. тр. / отв. ред. Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2001. С. 5-19; 5) Интегративное понимание права: pro pop contra // Науч. тр. РАЮН. Вып. 3. В 3 т. Т. 1. М.: Издательская группа «Юрист», 2003. С. 256-260; Поцелуев Е.Л., Павлов А.А. Интегративное понимание права: идея и норма // Российская наука права: история и современность: межвуз. сб. науч. тр. / отв. ред. А.А. Павлов и Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2004. С. 4-17; и др.

На протяжении многих лет теории естественного и позитивного права достаточно успешно играли роль основополагающих типов правопонимания. В последнее время в контексте постмодернистских настроений они подвергаются существенной ревизии, если не полному отрицанию. Особенно много критики звучит в адрес естественно-правовой концепции, которую характеризуют как архаичную, ненаучную, спекулятивную. Однако новаторам, тиражирующим все новые и новые теории, следует помнить, что такие теории должны быть «осмыслены» и «приняты» не только ими, но и другими многочисленными участниками социального общения. А на это, как учит история, могут уйти не только десятилетия, но и столетия.

В центре внимания естественно-правовых концепций всегда находилась такая категория, как справедливость. Мало того, идея права во все времена ассоциировалась с идеей справедливости⁷⁸². В таком аспекте она выступает не только как моральный принцип, но и как принцип права. Пользуясь словами Н.В. Варламовой, подчеркнем, что юснатурализм продолжает находиться в поисках справедливости⁷⁸³.

Современный немецкий исследователь права Р. Алекси полагает, что справедливость можно считать частным случаем правильности, если мы определяем справедливость как правильность распределения и вознаграждения. По его мнению, проблемами, помочь в решении которых может включение морали [в право], являются, во-первых, проблема базисных ценностей, которые лежат в основе права и обосновывают его, во вторых, проблема реализации требования правильности в создании и применении права и, в-третьих, проблема пределов права⁷⁸⁴.

Заслуживает внимания и точка зрения известного английского юриста Д.Ллойда, что целесообразно рассматривать суть естественного права не только в качестве идеального понятия, но и с точки зрения прагматического подхода в качестве тех норм и стандартов, которые являются общими для значительной части человечества и многих типов человеческих обществ и используются для управления поведением человека в обществе⁷⁸⁵.

Как утверждает известный современный сторонник юснатурализма австралийский юрист Дж. Финнис, все человеческие общества обнаруживают, например, понятие о ценности человеческой жизни; во всех человеческих обществах самосохранение обычно признается подобающим мотивом для действий, и ни в одном убийство других человеческих существ не допускается без

⁷⁸² Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С.132.

⁷⁸³ См.: Варламова Н.В. Юснатурализм в поисках справедливости //Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. СПб., 2010. С. 26.

⁷⁸⁴ См.: Алекси Р. Природа философии права / Пер. с англ. С. И. Максимова// Проблемы философии права. 2004. Том II. С. 24-25.

⁷⁸⁵ См.: Ллойд Д. Указ. соч. С. 86-87.

какого-либо четко определенного оправдывающего обстоятельства⁷⁸⁶. Он подчеркивает всеобщность немногочисленных основных ценностей при огромном разнообразии реализаций⁷⁸⁷.

Соответственно, если исходить из гипотезы, что стремительно меняющийся мир движется к глобальному устройству, нужны всеобщие, универсальные правовые стандарты, которыми будут руководствоваться его жители. Возникает сложный вопрос: каким образом определить те идеи, которые сегодня могут претендовать на звание всеобщих, универсальных и образцовых на современном этапе и на основе которых будут строиться новые стандарты. Будут ли это новые идеи, рождающиеся в процессе интеграции сложившихся идей в контексте взаимодействия различных правовых культур, или статус глобальных приобретут идеи, которые родились в свое время как чьи-то национальные? В последние столетия глобальный характер в достаточной степени продемонстрировала западная культура, неотъемлемой частью которой является естественно-правовая теория. На значительной части Земного шара западные идеи и западный путь развития представляются прогрессивными, лучшими, образцовыми и многие люди в мире идеализируют западную культуру, образ жизни, а с ними западную государственно-правовую систему.

Чтобы приобрести глобальные черты, юснатурализму понадобилось не одно тысячелетие. В своем развитии эта концепция пережила целый ряд редакций. Очевидно, классическая естественно-правовая теория не отвечает в полной мере современному уровню развития как науки, так и общества, поэтому естественно-правовая традиция не могла не видоизмениться за прошедшие годы в процессе формирования глобальной правовой системы по западному образцу.

Влияние естественно-правовых взглядов, формулирующих нравственные требования к нормам международного права, прежде всего в области прав человека не ослабевает. Во второй половине XX в. теория естественного права была использована в борьбе с тоталитаризмом и при юридическом оформлении распространения гражданских и политических прав на значительную часть населения мира.

Особое значение естественного права и его востребованность в современных условиях подтверждается и тем, что в конституциях многих государств позитивированы естественно-правовые положения, касающиеся вопросов прав человека. Права человека можно рассматривать как масштаб свободы, необходимый для достойного существования конкретно-исторической личности в обществе, находящемся на определенном этапе исторического развития с системой сложившихся ценностей. Права человека реализуются в каждом обществе особым образом, однако в каждом обществе у человека имеются определенные

⁷⁸⁶ Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 115.

⁷⁸⁷ Там же. С. 116.

права. Именно в области прав и свобод человека и гражданина альтернатива естественно-правовому типу правопонимания в качестве методологической основы решения конкретных дел на международном уровне на сегодняшний день практически отсутствует.

Юснатуралистский категориальный «ряд» актуализируется при разрешении коллизионных ситуаций, связанных с деятельностью Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ), поскольку известная Конвенция о защите прав человека и основных свобод⁷⁸⁸ воплощает в себе результаты исторического развития естественно-правовой доктрины в рамках системы западных ценностей и представлений о правах человека.

Образцом адаптации естественно-правовых конструкций к современным условиям предстает прием эволюционного толкования Конвенции Европейским судом. ЕСПЧ рассматривает ее как живой инструмент, при толковании которого надо ориентироваться не на первоначальные намерения государств, а на сегодняшние условия жизни общества⁷⁸⁹.

Российской традицией можно назвать заимствования западноевропейских правовых идей, учений, норм, отдельных институтов, учреждений и т.д. На отечественную почву идеи естественно-правового характера активно привносились во времена Петра I в трактовке учения известного немецкого правоведа Самуила Пуфендорфа (1632-1694). Уместно напомнить, что в 2016 г. исполнилось 290 лет со дня первого русского издания книги Самуила Пуфендорфа «О должности человека и гражданина по закону естественному»⁷⁹⁰. Перевод названной книги на русский язык был лично поручен Петром I Святейшему Синоду. Непосредственный перевод выполнен Иосифом Кречетовским, служившим в Санкт-Петербургской типографии. Редакция перевода была возложена Петром I на широко известного в России Гавриила Бужинского, будущего архимандрита Троице-Сергиева монастыря⁷⁹¹. Первые десять глав первой книги

⁷⁸⁸ Заключена в г. Риме 04.11.1950 (с изм. от 13.05.2004 г.), вместе с Протоколом [№ 1] (Подписан в г. Париже 20.03.1952 г.), Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), Протоколом № 7 (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984 г.) // Собрание законодательства РФ. 08.01.2001. № 2. Ст. 163.

⁷⁸⁹ Исполинов А. 20-летие России в Совете Европы: первые доктринальные итоги общения с международными судами // Zakon.ru: первая социальная сеть для юристов // Блоги // https://zakon.ru/blog/2016/5/4/20letie_rossii_v_sovete_evropy_pervye_doktrinalnye_itogi_obscheniya_s_mezhdunarodnymi_sudami?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (Дата обращения: 04.05.2016 г.).

⁷⁹⁰ Пуфендорф С. О должности человека и гражданина по закону естественному. Книги две / Сочиненныя Самуилом Пуфендорфом; Ныне же на российский с латинскаго переведенныя, повелением благочестивейшия великия государыни Екатерины Алексиевны, императрицы и самодержицы всероссийския, благословением же Святейшаго правительствующаго всероссийскаго синода. Перевод И. Кречетовского. СПб.: Санктпетерб. тип., 1726.

⁷⁹¹ Сводный каталог русской книги гражданской печати 18 в. (1725-1800 гг.): В 5 т. Т. 2. М., 1964. С. 489.

Петр прочел до издания сразу после перевода и внес в них собственноручные исправления. С прочитанными десятью главами он собственной императорской персоной прибыл в типографию, чтобы немедленно начать печатать книгу Пуфендорфа. С трудом его уговорили дождаться полного перевода⁷⁹². Однако до самого издания Петру не суждено было дожить, поскольку книга вышла в свет уже после его смерти.

Пуфендорф считается одним из родоначальников рационалистической концепции естественного права, которое во многом рассматривалось им в качестве универсальной социальной этики. Его учение было крайне популярным в Европе в конце XVII-XVIII вв. Общеизвестно, что еще при жизни Пуфендорф считался признанным авторитетом, своего рода «воспитателем умов», «отцом научного естественного права», который придал данному учению общепонятную форму. К настоящему времени неоспоримо, что Пуфендорф внес решающий вклад в придание естественному праву значения правовой идеологии Нового времени.

Пуфендорф строил свою концепцию международного права на определенном противопоставлении естественного права и права народов, рассматривая международное право как вид права естественного. Следовательно, у Пуфендорфа в основу сосуществования государств вполне логично укладывается концепция естественного права как права, соответствующего неизменным законам разумной человеческой природы. По Пуфендорфу, международное право может рассматриваться как естественное право сосуществования государств. Вполне убедительным в связи с этим представляется утверждение, что Пуфендорф может считаться создателем современной трактовки существования европейских государств⁷⁹³.

Пуфендорф, провозгласив в качестве высших ценностей принадлежащие человеку от рождения права на жизнь, свободу, собственность, в то же время не абсолютизировал индивидуалистические ценности и предложил в качестве гарантии от вседозволенности и произвола со стороны отдельной личности государственный резон и общее благо. Обратим внимание на то, что Самуил Пуфендорф в своем учении делает акцент на обязанностях, а не на правах, поскольку право, не обеспеченное обязанным поведением других людей, правом в истинном смысле не является. Исходя из правил человеческого общежития, Пуфендорф устанавливает обязанность человека не нарушать права другого.

Наиболее приоритетными для мыслителя являлись обязанности гражданина по отношению к государству. В петровской России в первую очередь были использованы именно те идеи учения Пуфендорфа, которые соответствовали

⁷⁹² Пуфендорф С. О должности человека и гражданина по закону естественному. Предисловие. С. 9.

⁷⁹³ См.: Графский В.Г. История политических и правовых учений. М., 2005. С. 279.

интересам верховной власти в целях ее естественно-правовой легитимации. Отметим, что при всей ограниченности учения Пуфендорфа с современной точки зрения, его концепция, позволяющая в определенной степени объединить индивидуализм и коллективизм, имеет и до сих пор интерес для отечественной науки с учетом традиции персонификации власти в России и в связи с необходимостью снять некоторые противоречия между свободой индивида и безопасностью общества и государства. Судьба этой концепции в России демонстрирует и один из вариантов того, как можно сочетать западные ценности с традиционными ценностями российской культуры.

В построении взаимоотношений между государством и индивидом Пуфендорф руководствовался идеями социального компромисса, веротерпимости, моральной обоснованности права. Правовой характер естественного закона связывается им с необходимостью соблюдать правила поведения, которые являются минимальной предпосылкой общественного сосуществования.

Естественное право в значительной степени выводится Пуфендорфом на основе реальных правил поведения, которыми пользуется любой человек в общественной жизни. Таким образом, естественное право получает содержательную конкретику и нормативную ориентацию.

Следует вспомнить, что, по мнению Еллинека, одним из основных недостатков естественного права было непонимание переменного характера целей социальных учреждений⁷⁹⁴. Пуфендорф в своем учении во многом сумел преодолеть указанный недостаток с помощью подхода, который в настоящее время именуется антропологическим и продемонстрировал, что данный подход вполне органично может быть использован теорией естественного права⁷⁹⁵. Э. Аннерс называет ученого юриста пионером антропологического метода исследования политико-правовых явлений⁷⁹⁶. Можно сделать вывод, что отправной точкой политико-правового учения Пуфендорфа явился не абстрактный человек, живущий в соответствии с постоянными, неизменными и совершенными законами естественного права, а конкретный человек, выступающий как «продукт» развития западной цивилизации, современной Пуфендорфу.

Таким образом, Самуил Пуфендорф рассматривал естественное право как источник моральных и правовых императивов, причем естественное понималось прежде всего как соответствующее идеям разума, требованиям справедли-

⁷⁹⁴ Еллинек Г. Право современного государства. Общее учение о государстве. СПб.: Издание товарищества «Общественная польза», 1903. Т. 1. С. 30.

⁷⁹⁵ См. об этом подробнее: Малышева Н.И. Антропологический подход к проблеме прав человека в политико-правовом учении Самуила Пуфендорфа // Права человека: вопросы истории и теории: Материалы межвузовской научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 24 апреля 2004 г. / Сост. Е.В. Тимошина, Н.А. Чекунов. Под общ. ред. Д.И. Луковской. СПб., 2004. С.74-79.

⁷⁹⁶ См.: Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. С. 226.

ности, свободы, равенства. Подчеркнем еще раз, что Пуфендорф практически не отличал правовую справедливость от этической. Нередко право воспринималось им как часть морали. Мыслитель задумывался о критериях различения права и морали, однако до логического конца разделение права и морали им не было доведено.

Пуфендорф, используя в своем политико-правовом учении элементы антропологического подхода, пытался соединить идеи, характерные для рационалистического естественного права, с идеями этицистской направленности. Сосредоточив внимание на государственно-правовом бытии индивида не только в рамках универсальной системы естественного права, но и в условиях конкретной социальной действительности, Пуфендорф в определенной степени предвосхитил социологическое правопонимание.

Вызывает восхищение «долголетие» классических естественно-правовых конструкций, которыми вдохновляются и современные юснатуралисты. Так, Дж. Финнис пишет, что вкладывая в современное слово «права» привычный для нас смысл, мы не вполне следуем Гоббсу в его противопоставлении закона и прав. В этом Гоббсу, по мнению Финниса, не следовали до конца ни Локк, ни Пуфендорф. Однако они приняли его положение, что «право» («jus») парадигматически есть свобода. Их преемники, продолжает Финнис, – те, кто в наши дни отстаивает теорию права как выбора⁷⁹⁷. Для самого Финниса, выражаясь в аннотированной форме, естественное право – нормы поведения, которые необходимы людям и обществам для достижения блага во всех его видах⁷⁹⁸.

К настоящему времени в отечественной юриспруденции, как отмечает В.В. Лапаева, сложилась ситуация, когда у нас, с одной стороны, есть Конституция Российской Федерации, в которую заложена человекоцентристская парадигма правопонимания, а с другой – теория права с множеством конкурирующих между собой, а зачастую и просто сосуществующих концепций понимания права, из которых лишь две теории являются однозначно человекоцентристскими – естественно-правовая и либертарно-юридическая. И в качестве претендентов на статус общедоктринального подхода, по ее мнению, можно всерьез рассматривать лишь два типа правопонимания: естественно-правовой и либертарно-юридический⁷⁹⁹. В.В. Лапаева подчеркивает, что концепция права В.С. Нерсесянца является самостоятельной (авторской) теорией, которая, хотя и опирается на традиции рационалистической версии юснатурализма, но принци-

⁷⁹⁷ Финнис Дж. Указ. соч. С. 263.

⁷⁹⁸ Там же. С. 4.

⁷⁹⁹ Лапаева В.В. Роль российской теории права в совершенствовании конституционной юстиции // Выступление на Международной конференции «Современная конституционная юстиция: вызовы и перспективы». Санкт-Петербург. 17-18 мая 2016 года // Сайт Конституционного суда Российской Федерации // <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Conferences/Pages/Conference2016.aspx>.

пиально отличается от естественно-правового подхода⁸⁰⁰. Она полагает, что в Конституции РФ заложены оба этих подхода⁸⁰¹ и указывает на то, что привлечение идей и подходов либертарного правопонимания способствовало бы преодолению тех трудностей современной практики защиты прав человека, которые обусловлены архаичным характером положенной в ее основу естественно-правовой доктрины⁸⁰².

Полагаем, в Конституции получила оформление единственно человекоцентристская «версия» естественного права. Это следует из анализа позитивированной в статье 2 Конституции РФ идеи верховенства прав человека: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»⁸⁰³. Исходя из текста главы 1 Конституции «Основы конституционного строя», подчеркнем, что ценностное качество придается именно положению о правах человека. При этом согласно части 2 статьи 16 Конституции РФ «никакие другие положения настоящей Конституции не могут противоречить основам конституционного строя РФ»⁸⁰⁴. В сумме с другими статьями, в частности с положениями статьи 17 Конституции, налицо обнаруживается заложенный в данных статьях естественно-правовой потенциал вполне в духе рационалистических трактовок юснатурализма.

Сегодня в России продолжают попытки, как это неоднократно наблюдалось в далеком и недавнем прошлом, разработать современную версию естественного права. В частности, В.О. Лобовиков считает, что язык новой естественно-правовой теории должен быть не чисто естественным (как это было раньше), а искусственным (или их смесью). Он должен быть языком современной математики, в котором должны быть адекватно представимы морально-правовые переменные и функции (в строго математическом значении термина «функция»). Для того чтобы это реализовать, надо начать систематически исследовать именно переменные, каковыми должны стать абстрактные формы поступков. Сложные морально-правовые формы поступков, отвлеченные от конкретного содержания, должны предстать в виде ценностных функций от морально-правовых переменных. При этом окажется, что законы естественного права – морально-правовые формы (ценностные функции), положительное нравственное значение которых инвариантно относительно любых преобразо-

⁸⁰⁰ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика: Монография. М., 2012. С. 220.

⁸⁰¹ Лапаева В.В. Роль российской теории права в совершенствовании конституционной юстиции // <http://www.ksrf.ru/ru/Info/Conferences/Pages/Conference2016.aspx>

⁸⁰² См.: Лапаева В. В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции правопонимания // Журнал российского права. 2006. № 4. С. 103.

⁸⁰³ Конституция Российской Федерации. М., 2016.

⁸⁰⁴ Там же.

ваний субъекта оценки деятельности и относительно любых изменений ее содержания⁸⁰⁵.

Самого пристального внимания заслуживает позиция А.В. Полякова⁸⁰⁶, который рассматривает в качестве наиболее актуальных для современной России два варианта теоретического обоснования «возрожденного» естественного права: либертарный и коммуникативный. По мнению А.В. Полякова, «из идеи коммуникативной человеческой личности можно вывести не только принципы свободы, формального равенства и справедливости, но и принципы ответственности, солидарности, порядка»⁸⁰⁷, которые особенно актуальны в связи с новыми, нередко таящими в себе опасность как для отдельной личности, так и для общества и государства, вызовами современности.

Таким образом, естественно-правовые идеи в трудах современных ученых и в актах правоприменителей продолжают раскрывать свой потенциал как в теоретическом, так и в практическом аспектах для поиска путей решения возникающих проблем в рамках глобального, регионального и национального правопорядков.

В.В. Лебедь

Ценностный подход к пониманию категорий авторского права

Юридическая аксиология как учение о ценностях является достаточно развитым и актуальным направлением юриспруденции. В зависимости от типа правопонимания различается восприятие категории «ценность» как должноставания, нормы. Легистская аксиология признает ценность закона – «позитивного права», а естественноправовая аксиология исследует смешение различных социальных норм «как некоего нравственно-правового комплекса, с позиций которого выносятся то или иное ценностное суждение о позитивном праве и государственной власти»⁸⁰⁸. Соответственно ценность можно воспринимать как нравственно должное, так как она выступает регулятором общественных отношений и одновременно служит нравственным ориентиром, своего рода воплощением идеала и нормой культуры. В рамках либертарно-юридической аксиологии ценность права и государства заключается в том, что они есть формы

⁸⁰⁵ См. об этом: Лобовиков В. О. 1) Математическая логика естественного права и политической экономии. Екатеринбург, 2005; 2) Новый метод анализа в теоретической и прикладной политологии – алгебра естественного права (Эффективное средство морально-политического тестирования действующих норм позитивного права, законопроектов и программ политических партий) // Политекс. 2006. № 3).

⁸⁰⁶ См.: Поляков А.В. Возможно ли возрождение идеи естественного права в России?// Правоведение. 2015. № 5. С.6-16.

⁸⁰⁷ Там же. С. 16.

⁸⁰⁸ Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. М., Норма. 2009. С. 81.

выражения фундаментальных ценностей – равенства, свободы и справедливости⁸⁰⁹. И в силу того, что эта концепция права носит строго формально-правовой характер, в ней рассматриваются всеобщие и общезначимые правовые ценности; о праве выдающимся российским ученым в области философии права, теории права, истории правовых и политических учений В.С. Нерсесянцем говорится как о «специфической форме правового должествования»⁸¹⁰.

Ценностный подход столь актуальный в гуманитарных отраслях науки и не утративший своего значения в экономике и правоведении в целом представляет большой интерес и для анализа базовых категорий авторского права. Причем к авторско-правовым явлениям может быть применен ценностный ряд из разных сфер научного знания, так, например, для оценки экономических последствий нарушения исключительных прав ценностная точка зрения будет исходить от экспертов – специалистов с высшим экономическим образованием, опирающихся на признаваемые в экономическом знании ценности. При классификации объектов авторского права с целью установления объема правомочий их авторов или иных обладателей интеллектуальных прав мы будем опираться на культурологические определения видов произведений⁸¹¹. Из истории известно, что при оценке обстоятельств нарушения прав судье возможно было решить дело с учетом философско-правовых критериев, в частности, опираясь на «естественную справедливость»⁸¹² и т.д.

В тоже время очевидно, что даже при подсчете экономических потерь при нарушении авторских прав для полноценной оценки правонарушения и его последствий необходимо обладать знанием правовых аспектов охраны и защиты авторских прав, и в этой связи полезно при анализе категорий авторского права использовать подходы из различных сфер научных и теологических знаний, а также накопленные в них системы ценностей в качестве ориентиров. Кроме того, авторское право является именно той гражданско-правовой подотраслью, которая очень тесно связана с уровнем и содержанием образования и качеством нравственного воспитания участников авторских правоотношений, так как даже при реализации добровольной регистрации объектов авторского права необходимо, чтобы автор не только выполнил определенный круг юридически значимых формальностей, но и обладал бы определенным набором моральных

⁸⁰⁹ См. об этом подробнее: Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. М., Норма. 2009. С.84-89.

⁸¹⁰ Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. М., Норма. 2009. С. 86.

⁸¹¹ См. об этом подробнее: Лебедь В.В. Произведения искусства в авторском праве. М.: Книгодел, 2011. С. 34.

⁸¹² См. подробнее об этом: Ефремова Н.Н. Проблема соотношения права и нравственности в истории российской судебной практики // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. М.: Норма, 2006. С.297.

качеств. В первую очередь порядочностью, которая не позволила бы депонировать ему материалы чужого авторства (так как само депонирование служит доказательством существования произведения или другого объекта).

Кроме того, государственные принудительные механизмы, в определенной степени обеспечивающие охрану и защиту интеллектуальных прав, до конца всегда и повсеместно не могут повлиять на выбор участником авторских правоотношений именно правомерного, установленного нормами права, варианта поведения в силу надления нас (людей) свободной волей как основой нашей умственной и эмоциональной сущности. Опять же есть столкновение оценок поведения, ожидаемого обществом — государством, и оценки индивидуума - участника авторских правоотношений собственного поведения (и даже конкуренции ценностно-обусловленного поведения автора в рамках закона и при нарушении им чужих авторских прав. Например, в истории русской культуры известны случаи несанкционированного копирования авторского иконостаса. При уничтожении оригинального, оставшаяся копия уже служит образцом воссоздания культурно-значимого оригинала культурной ценности в наши дни). И если государство, в частности его граждане и институты гражданского общества, в этой связи выполняют функцию контроля, воспитания членов общества, основываясь на общеобязательных правилах, в числе прочих, нормах гражданского и уголовного права и др., то отметим, что столь возлюбленное в современном обществе воспитание других не всегда означает распространение этих правил на «воспитуемых» в связи с отсутствием их желания самовоспитания и самообразования. А возможности и гарантии последних заложены основным законом – Конституцией РФ, в которой провозглашена ценность свободы литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, а также преподавания. Вместе с тем, поиск творческой личностью форм реализации его задатков, выявляющих для социума его ценностные ориентиры и удобоваримых для жизни в обществе, несомненно связан с наличием у нее определенных ценностных убеждений, которые также подлежат учету и при оценке создаваемых ею произведений, и при оценке ее поведения, связанного с нарушением морально-нравственных устоев или прав других авторов, охраняемых законом. Таким образом, задействование морально-правового инструментария необходимо для сохранения баланса интересов государства, общества и авторов, как традиционного и основополагающего принципа современной модели авторского права.

Ценностный подход к категориям авторского права очень важен при разрешении вопросов правоприменения в целях реализации авторских прав, защиты интересов авторов и иных правообладателей, в частности при толковании основополагающих терминов права интеллектуальной собственности.

Реализация норм интеллектуального права – это осуществление требований юридических, в частности гражданско-правовых, норм в поведении участ-

ников авторско-правовых отношений. Правоприменение как особая форма реализации норм права предполагает их толкование, включающее уяснение и разъяснение смысла как текста в целом, так и терминов в отдельности.

Учитывая многообразие видов интеллектуальных авторских прав, их различное содержание, способы их осуществления существенно разнятся. В современных условиях информационного пространства, когда меняются процессы взаимодействия в условиях совместной деятельности авторов и (или) их конкуренции усложняются и формы реализации интеллектуальных прав. С одной стороны, глобальные сети создают новые возможности для использования объектов авторского права, с другой стороны, реализацию ряда из них затрудняет свобода распространения информации в Интернете (например, затрудняется доказывание факта нарушения авторского права в ходе реализации права на защиту деловой репутации (п.3 ст.1251 части четвертой ГК РФ⁸¹³). Как справедливо и значимо для сегодняшнего периода было отмечено в энциклопедическом словаре Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона, «иногда закон бывает изложен столь неясно, что не смотря на применение всех..способов толкования, истинный смысл закона все-таки остается не вполне определенным и допускает возможность разных толкований»⁸¹⁴. И хотя для разъяснения смысла гражданско-правовых понятий возможно применение вспомогательного приема – толкования по аналогии, важно, чтобы в ходе правотворчества, являющегося одним из видов интеллектуальной деятельности, требующей правовых знаний и навыков по формулировке общих правил, появлялись бы ясные предписания, содержащиеся в правовых текстах, дабы при толковании их подлинного содержания не возникало проблем с реализацией права.

Разная природа объектов авторского права, имеющих не только юридическую (гражданско-правовую) природу, но «в рамках своей юридической значимости, являющихся равно принадлежащими к разным отраслям юриспруденции»⁸¹⁵ и науки в целом, позволяет применять к их изучению междисциплинарный подход. В тех случаях, когда они являются объектами исследований других общественных, гуманитарных или иных направлений науки, методы последних дают возможность выявить и обобщить, в том числе, иные неюридические по природе, значимые, специфические свойства этих правовых категорий⁸¹⁶.

⁸¹³ П.3 ст. 1251 Гражданского кодекса Российской Федерации (части четвертой) от 18.12.2006 № 230-ФЗ // Российская газета. № 289. 22.12.2006.

⁸¹⁴ Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. Том XXXIII. С.-Петербург, Типография Акц. Общ. «Издательское дело», 1901. С.434.

⁸¹⁵ Ефремова Н.Н. Категория примирения в юриспруденции: актуализация междисциплинарного подхода в изучении и преподавании // Актуальные направления анализа права и правопедения: проблема междисциплинарного понимания и сотрудничества: материалы девятых философско-правовых чтений памяти ак. В.С. Нерсисянца / отв. ред. и сост. В.Г. Графский. М.: Норма, 2015. С.212.

⁸¹⁶ См. об этом подробнее: Ефремова Н.Н. Указ.соч. С.212.

Французский философ Огюст Конт, родоначальник позитивизма, классифицировавший научное знание по трем принципам: движение от простого к сложному; от абстрактного к конкретному; от древнего к новому⁸¹⁷ в рамках концепции «позитивной науки» характеризовал ее как фундаментальную ценность цивилизации. Соглашаясь с признанием ценности научного знания, однако, опираясь на негосударствоцентристские взгляды, рассматриваем научное знание как один из видов человеческой познавательной деятельности, как отражение законов развития мира, аккумулирующее результаты – духовные и материальные ценности. Таким образом, не только сами традиционные объекты авторского права, но и толкование выдающимися, по мнению автора — харизматичными⁸¹⁸, учеными-цивилистами норм гражданского законодательства, регулирующих авторские отношения, также является ценностным.

Анализ терминов философии научного знания, в целом, и авторского права, в частности, весьма интересен, ввиду их общей основы – интеллектуальной деятельности. Юридический язык является системой для применения специальных знаний и одновременно ключом к толкованию воли законодателя, в частности. Как известно, абсолютная точность языка возможна в математике, оперирующей точными понятиями и состоящей из высказываний с универсальными символами. В свою очередь взаимопроникновение различных областей знаний полезно при создании единой символической системы, позволяющей «не мудрствовать сверх того, что написано»⁸¹⁹, в частности, и при толковании норм права.

Независимо от того, является ли результатом интеллектуальной деятельности «реальное, достоверное, точное и полезное знание» (по выражению О. Конта в «Духе позитивной философии»⁸²⁰) или, например, предметы искусства, как результаты эстетической деятельности, их объединяет категория «ценности». Причем исследование категорий в рамках одного типа ценностей, например эстетических категорий философии научного знания и авторского права, таких как «творческое воображение ученого» (в этой связи интересно исследование Дж. Холтона «Тематический анализ науки»⁸²¹, в котором им делается предположение о влиянии приверженности автора к определенной теме на достижение качественно нового результата в науке, что в авторском праве назы-

⁸¹⁷ См. об этом подробнее: Гришунин С.И. Философия науки: основные концепции и проблемы: учебное пособие. М.: Издательство ЛКИ, 2008. С.15.

⁸¹⁸ В смысле: обладающий божественным даром, милостью, исключительной одаренностью (см.: Словарь иностранных слов: ок. 3000 наиболее употребительных иноязычных слов / И.А. Васюкова. М.: Астрель: АСТ: Хранитель, 2006. С. 394.

⁸¹⁹ (1 Кор. 4:1,6).

⁸²⁰ Источник: <http://comte.newgod.su/lib/duh-pozitivnoj-filosofii>.

⁸²¹ https://vk.com/doc35927296_353427022?hash=17c0faedf9cf1641a9&dl=86abf0533550f2374f. С. 8.

валось бы абсолютной оригинальностью результата интеллектуальной деятельности, каким, например, является революционное достижение Николая Коперника в научном труде «О вращении небесных сфер» с представлением новой гелиоцентрической системы мира) и «творческого воображения художника», как представителя художественной школы, отличающейся оригинальностью (например, «мизерабилизм», отличающийся сюжетным драматическим началом, темой покинутости человека, на первом месте ставящий принципы фигуративности, представителем которого был французский художник Бернар Бюффе⁸²²), что в рамках законодательства об авторском праве привело к формулированию такого критерия охраноспособности как «творческий характер произведения», толкование которого и по сей день вызывает трудности как у специалистов – юристов, так у обыденного толкователя.

Кроме того, в связи с созданием оригинальных творческих результатов, также интересен для исследования феномен страсти, характеризуемый Декартом как положительный, в том случае, если располагает «душу к желанию тех вещей, которые природа считает полезными для нас, и не отступать от этого волевого решения»⁸²³. Уже интересно то, что им рассматривалась мысль человеческая как принадлежащая душе, а не телу, и следовательно можно ли произведение, как воплощение мысли индивидуума, назвать в каком-либо случае не уникальным, и может быть все же внутренняя форма воплощенного произведения сама по себе наиболее ценна и любой творческий результат, за исключением механического копирования (например, переписывания чужой монографии), всегда является охраноспособным не в силу наличия какой-либо объективной формы выражения, а в силу наличия у создателя произведения души. Если согласиться с тем, что творческое произведение создается при наличии страдательных состояний у его автора, как результат его восприятий, знаний⁸²⁴, это становится ценным, таким образом, не только для него самого, но и для социума, усваивающего культурное многообразие (хотя универсальным это определение процесса создания произведения также нельзя назвать, так как и при механическом переписывании чужого произведения может возникнуть страдание, например при возникновении зависти, к тому как, например, хорошо писал Декарт). Возможно именно свойство универсальности права не позволяет ограничиться лишь правовым инструментарием при регулировании авторских отношений, столь индивидуальных, в силу уникальности личности каждого автора, их психологических особенностей, культурно-нравственных установок и т.п.

Вышесказанное приводит к пониманию окончательной неразрешимости отдельных проблем авторского права. Например, упомянутая проблема обы-

⁸²² <http://museebernardbuffet.com/site.html>.

⁸²³ Источник : http://librebook.ru/sochineniia_rene_dekart/vol9/1.

⁸²⁴ http://librebook.ru/sochineniia_rene_dekart/vol9/1.

денного толкования отдельных терминов авторского права: «интеллектуальных прав», «видов охраняемых произведений» и др. Точность толкования субъектами права зависит от уровня их правосознания. В том числе от признания ими ценности права. И безусловно от уяснения такими субъектами содержания норм авторского права зависит выбор способов реализации прав, правомерности их действий и законность, в целом. Очевидно, что ценностное восприятие влияет на результат толкования. Если материальные блага, в частности, объекты гражданского права, как очевидно для субъектов гражданского права относятся к экономическому типу ценностей, то нематериальные блага, например, произведения искусства, в зависимости от качества правовой жизни общества, уровня ее развития могут восприниматься по-разному. Это понимание влияет в свою очередь на характер правовой деятельности субъектов, применяющих нормы гражданского права, относящих на обыденном уровне объекты авторских прав к типу экономических ценностей (наиболее частое заблуждение участников авторских отношений) или к другому типу ценностей - роскоши, не приносящей пользы, а интеллектуальную деятельность по их созданию к той, что осуществляется для наслаждения от ее осуществления. Эта особенность интеллектуальной жизни, обладающей собственной эстетикой для каждого ее участника, не подчиненность ее утилитарной цели, вызывает сомнение в возможности существования универсальной правовой модели регулирования авторских отношений в силу специфики самих не приносящих пользу объектов, деятельность по созданию которых не заключается в регулярном и строгом выполнении действий, необходимых для хорошего социального порядка. Объекты авторского права часто «созданы из свободных и самопроизвольных движений, из жертв, к которым ничто не принуждает и которые иногда даже противоречат предписаниям экономической мудрости. Существуют добродетели, являющиеся безумствами, и именно их безумие придает им величие»⁸²⁵. Или по крайней мере сложно утверждать, что сфера интеллектуальной деятельности может быть урегулирована аналогичным правовым образом, как другие сферы общественной жизни. В силу неотъемлемой связи творческой деятельности с личностью субъекта, ее осуществляющего, наиболее удобоваримым регулятором могла бы выступить совесть (выражающая связь морали и человеческой личности) для регулирования группы личных неимущественных авторских правоотношений. Но в силу отсутствия механизма принуждения как инструмента воздействия у данного регулятора и нежелания отдельных личностей осуществлять моральный самоконтроль следует все больше обращаться к категориям справедливости «в форме здравого смысла людей»⁸²⁶ и любви – как нежности,

⁸²⁵ Дюркгейм Э. Ценностные и реальные суждения. Социологические исследования. 1991. № 2. С.109-111, 113.

⁸²⁶ Гегель Г. В. Философия права. М., 1990. С.352.

продолжающей влиять на культуру⁸²⁷, вспоминая о таких исторических институтах, как совестный суд, руководствовавшийся прежде всего не законами, а «естественной справедливостью»⁸²⁸. Такие механизмы защиты прав трудно реализовать в современных условиях без определенных усилий общества. Для этого необходима система воспитания человеческих и гражданских чувств, развития духовного вкуса. Однако и забывать их не следует в процессе поиска новых гарантий реализации прав.

В завершение хотелось бы отметить, на наш взгляд, некоторые достоинства действующего российского гражданского законодательства, регулирующего авторско-правовые отношения, причастные к ценностному восприятию категорий авторского права. В частности это касается определения результата интеллектуальной деятельности, как созданного творческим трудом (ст. 1228 части четвертой ГК РФ⁸²⁹), ведь именно этот термин «труд» способен распространить на автора⁸³⁰ тот объем юридических возможностей, предоставляемых лицам с трудовыми обязанностями, а термин «творческий» (хотя мы ранее и отмечали некоторую проблематичность его применения) свидетельствует о наличии той самой вышеупомянутой «внутренней» значимой формы произведения. Однако сложности в оценке данных терминов, в частности признания ценности авторского труда судьями, приводят отчасти к умалению значимости труда авторов произведений на практике. На наш взгляд, также важным является осуществленное установление в качестве одного из основных принципов гражданского законодательства - принципа добросовестности: в частности в ст. 1 части первой Гражданского кодекса РФ п. 3. признано, что «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать "добросовестно"». В силу п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения⁸³¹. По общему правилу п. 5 ст. 10 ГК РФ доб-

⁸²⁷ См. об этом: Фрейд З. Неудовлетворенность культурой. Источник: Мир философии. С.285-295.

⁸²⁸ См. подробнее об этом: Ефремова Н.Н. Проблема соотношения права и нравственности в истории российской судебной практики // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / Сост. В.Г. Графский. М.: Норма, 2006. С.297.

⁸²⁹ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/61d6709b930465436b5adb0943843ed28ff5dd8e/

⁸³⁰ Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015). Бюллетень Верховного Суда РФ. № 11. Ноябрь. 2015.

⁸³¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Российская газета. № 140, 30.06.2015.

росовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное. Добросовестным поведением участника авторских правоотношений будет считаться такое, которое учитывает права и законные интересы другой стороны. Здесь, возвращаясь к категории «совесть» как сердечной цельности⁸³², отметим, что требуется дальнейшее исследование и уточнение содержания авторско-правовой категории «добросовестность». Будучи одновременно правовой ценностью и гуманистической, добросовестность несомненно в случае рассмотрения авторско-правовых отношений есть воплощение идеала как задания, направления движения, обеспечивающего сохранение баланса интересов авторов и общества. В этой связи отметим, что зачастую в современном обществе движение от идеала путем формирования идеологии как действительности отдельных социальных групп, объединенных в зависимости от их групповых интересов, к ценности как регулятору общественных отношений и одновременно результату оценки отдельных значимых для участников правовых отношений явлений, подменяется стремлением отдельной личности с ее уровнем правовой культуры, духовно-нравственными качествами к ценностям согласно ее системе ценностей благам любыми удобоваримыми средствами, в ряде случаев неправомерными способами. Именно поэтому дальнейшее исследование ценностного подхода к категориям авторского права с позиций разных сфер научного знания позволило бы выявить специфические признаки этой среды с целью выработки более эффективных способов регулирования столь уязвимой с точки зрения нарушения авторских прав сферы общественных отношений.

О.В. Кузьмина

Отраслевые и теоретико-правовые основы восстановительного правосудия по уголовным делам

Несмотря на довольно длительный период реформирования уголовного судопроизводства в России, сохраняется актуальность многих вопросов, связанных с эффективностью правового регулирования как всего процесса, так и его отдельных процедур. Процессуальная форма ранее известных производств и введенных в уголовный процесс новых институтов нуждается в совершенствовании. При этом необходимо учитывать, что эффективность правового регулирования определяется мерой его вклада в укрепление правовых начал государственной и общественной жизни, в формирование и развитие элементов

⁸³² Киреевский И.В. О характере просвещения в Европы и о его отношении к просвещению в России // Полное собрание сочинений. Т.1. М., 1911. С.217.

свободы в общественных отношениях, в реализацию прав и свобод человека и гражданина⁸³³. Оптимизация процессуальной формы является одним из важнейших направлений современной уголовно-процессуальной политики России⁸³⁴. В этой связи изучение закономерностей и тенденций развития законодательства о формах расследования и судебного разбирательства уголовных дел, анализ проблем правоприменительной практики, поиск путей их разрешения имеют важное теоретическое и практическое значение для совершенствования работы правоохранительных органов и судов на современном этапе развития нашего государства.

Существующая в настоящий момент структура системы уголовного судопроизводства, формы и содержание отдельных элементов обусловлены изменившимися условиями существования российского государства и общества. Утверждение демократических начал, признание высшими ценностями прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве выразилось в расширении сферы действия состязательности, диспозитивности, увеличении объема не только полномочий участников, но и процессуальных гарантий. Направленность правового регулирования на обеспечение и защиту прав и свобод человека диалектически противоречива. Если целью такого регулирования «признается обеспечение свободы в социальной жизни, то ресурсом, за счет которого она может быть достигнута, является ограничение свободы. Действительно, защита прав и свобод человека предполагает предоставление государству (его органам и должностным лицам) определенных полномочий, а это, в свою очередь, означает ограничение прав и свобод (установление порядка и пределов их осуществления). Эффективным правовое регулирование может быть признано, если оно обеспечивает максимальные гарантии прав и свобод при минимальном их ограничении»⁸³⁵.

С началом перестроечных процессов в 90-е годы XX века уголовное судопроизводство стало подвергаться ожесточенной критике как за чрезмерную громоздкость, так и за отсутствие в нем реальных механизмов, которые обеспечивали бы справедливое разрешение дела и препятствовали произволу со стороны должностных лиц правоохранительных органов. Таким образом, проблемы процессуальной экономии, с одной стороны, и необходимость совершенствования процессуальных гарантий, с другой, приобрели острую актуальность. Особую важность указанным проблемам придавало также осознание того, что уголовное судопроизводство затрагивает не только интересы участников про-

⁸³³ См.: Лапаева В.В. Российская социология права. Курс лекций. М., 2005. С.159.

⁸³⁴ См.: Кузьмина О.В. Основные направления современной уголовно-процессуальной политики России // Перспективы развития науки и образования: сб. науч. тр. по материалам междунар. науч.- практ. конф. 31 января 2014 г.; в 15 частях. Часть 5. Тамбов, 2014. С.65-68.

⁸³⁵ Варламова Н.В. Эффективность правового регулирования: переосмысление концепции // Правоведение. 2009. №1. С.217.

цесса, но и интересы государства и общества в целом, в силу чего определяющим для его форм должно являться их социальное предназначение. Любые изменения в жизни общества (экономические, политические, культурные) неизбежно сказываются на формах уголовного судопроизводства. Главным критерием всякой правовой системы является личность. Не должно существовать публичного интереса, противопоставленного индивидуальному. На самом деле публичный интерес состоит в том, чтобы позволить человеку максимально реализовать себя в условиях, когда его свобода ограничена свободой другого.

Концепция современного уголовного процесса заключается в том, что его назначение реализуется в процессуальной форме, которая, с одной стороны, способствует установлению обстоятельств дела, а с другой, – обеспечивает соблюдение прав и законных интересов граждан. Она воплощает в себе многовековой отечественный и зарубежный опыт борьбы с преступностью, отражает гносеологические и психологические закономерности и достижения общественной практики, включает в себя выработанные наукой и практикой наиболее эффективные и вместе с тем демократические, гуманные средства и способы установления объективных обстоятельств в деле и наказания виновных. Она призвана обеспечивать оптимальные условия для достижения целей судопроизводства. Уголовное преследование возможно только в процессуальной форме. Это лучшее, чего достигло человечество в данной сфере⁸³⁶.

Одно из концептуальных положений, предопределившее современную форму уголовного процесса, выражено в ст.6 УПК РФ. Назначение уголовного судопроизводства в том, чтобы служить защите прав и свобод человека и гражданина, а не быть политическим орудием, средством борьбы с преступностью⁸³⁷. Любая деятельность государства имеет смысл лишь тогда, когда направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Провозгласив приоритет личности, Конституция РФ придала ее интересам статус публичных. «Сущность уголовно-процессуального права двуедина, но по сравнению с уголовным правом преимущественное значение имеет та сторона этой двуединой сущности, которая гарантирует свободу граждан от злоупотребления государством своей репрессивной властью»⁸³⁸. Уголовно-процессуальная политика должна соответствовать провозглашенному назначению уголовного судопроизводства. Учитывая рост преступности и

⁸³⁶ См.: Григорьев В.Н. О некоторых современных тенденциях в развитии уголовно-процессуальной формы // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики: сб. ст. М., 2010. С.23.

⁸³⁷ См.: Лупинская П.А. Высокое политическое значение уголовного судопроизводства // *Lex Russica* (Научные труды Московской государственной юридической академии). 2008. № 2. С.283.

⁸³⁸ Понятовская Т.Г. Концептуальные основы системы понятий и инструментов уголовного и уголовно-процессуального права. Ижевск, 1996. С.45.

ущерб от нее, важно вести речь не о борьбе с преступностью, а о ее удержании на социально терпимом уровне⁸³⁹. Во всех случаях, когда есть возможность решить задачу при минимальном ограничении прав личности, необходимо отказываться от жестких мер. Самым главным при формировании уголовной и уголовно-процессуальной политики является вопрос применения принуждения, гарантированности прав человека и законности их ограничения, оптимизации процессуальной формы. По сути, речь должна идти о решении проблемы баланса личных, общественных и государственных интересов в сфере уголовного преследования.

В последнее время в уголовной и уголовно-процессуальной политике разных стран наметился интерес к нетрадиционным формам реакции государства на нарушение уголовного закона. В мире стали распространяться практики разрешения конфликтов, основанные на поиске консенсуса, в противовес традиционной конфронтации сторон. Причем модели разрешения конфликтов с помощью медиации в узком смысле либо с использованием местных традиций участия общины в разрешении споров стали проникать и в официальные системы уголовной юстиции⁸⁴⁰. Поиск оптимальных способов разрешения конфликтов, возникающих в связи с совершением преступлений, связан, в первую очередь, с проблемой дифференциации, с необходимостью совершенствования уголовно-процессуальной формы, с рациональностью и экономичностью использования сил и средств судопроизводства, с обеспечением скорейшей защиты прав граждан и удовлетворением их интересов. Однако немаловажную роль в данном процессе сыграл кризис традиционной концепции реакции государства на преступление. Как следствие этого – желание найти альтернативные методы разрешения уголовно-правовых конфликтов, которое связано с частичной сменой приоритетов в системе уголовной юстиции.

Как известно, традиционными методами реакции государства на нарушение уголовного закона являются уголовное преследование, уголовная ответственность и наказание. Отказ от применения не только уголовного наказания, но и по возможности ото всех традиционных уголовно-процессуальных механизмов, развитие в законодательстве и правоприменительной практике разнообразных альтернатив уголовному преследованию стало одной из ключевых тенденций зарубежного уголовного судопроизводства. Она является объективной и универсальной, поскольку наблюдается

⁸³⁹ См.: Смирнова И.Г. Социальная ценность российского уголовного судопроизводства. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2012. С.26.

⁸⁴⁰ См.: Карнозова Л.М. Медиация как способ реагирования на деяния, запрещенные уголовным законом // Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации 2001-2011 гг.: сб. науч. ст./ под ред. И.Б. Михайловской. М., 2014. С.137.

почти во всех западных уголовно-процессуальных системах, как англосаксонских, так и континентальных⁸⁴¹. Появилось множество разнообразных течений, концепций и практик, базирующихся на идеях согласия, посредничества и примирения. Безусловно, Россия не стоит в стороне от этих процессов. Одним из современных направлений развития системы ее уголовного судопроизводства является разработка альтернативных процессуальных форм.

Альтернативный подход к правосудию имеет куда более давнюю историю, чем карательный, и базируется на универсальных ценностях⁸⁴². Однако такой подход к реагированию на преступления начал довольно интенсивно развиваться в разных странах мира только с 70-х годов XX века. Концепция восстановительного правосудия стала результатом разных направлений общественной активности, социальной и правовой мысли. Среди факторов, которые повлияли на становление восстановительного правосудия, можно выделить: а) социальные движения (борьба за нормальные условия содержания в тюрьмах, за права жертв и др.); б) программы и экспериментальные практики разрешения конфликтов, в том числе в области реагирования на правонарушения; в) религиозные концепции и практики миротворчества; г) научные исследования и теории⁸⁴³. Объяснить необходимость консенсуальных процедур и столь широкое распространение их в последнее время в разных странах возможно и с точки зрения теории государства и права. В ней сложились и сосуществуют различные образы права, различные его концепции. Но, несмотря на всё их многообразие, можно выделить наиболее общие, наиболее типичные теоретические представления о том, что есть право⁸⁴⁴. «То или иное понимание права (тип правопонимания) как наиболее общее и концентрированное выражение представлений о сущности и назначении права предопределяет специфику истолкования любой юридической категории более частного порядка»⁸⁴⁵. В научной среде существует устоявшееся мнение о том, что основных типов правопонимания два: позитивистский и непозитивистский⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию как форма процессуальной дифференциации (современные тенденции развития). Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2003. С. 11-12.

⁸⁴² См.: Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступления и наказания: Пер.с. англ. / под общ. ред. Л.М. Карнозовой. М., 2002. С.12.

⁸⁴³ См.:Daly K., Immarigeon R. [0] The past, present and future of restorative justice: some critical reflections // Contemporary Justice Review. 1998.Vol.1 P.21-45.

⁸⁴⁴ См.: Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. СПб., 2004. С.81.

⁸⁴⁵ Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С.5.

⁸⁴⁶ См., напр., Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы правопонимания? // Государство и право. 2000. № 3.С.13-21; Лапаева В.В. Типы правопонимания в российской теории права// Российское правосудие. 2008. № 5.С.18-29.

Этатистские и позитивистские подходы к пониманию права позволяют рассматривать его как приказ суверена, как инструмент государственной власти; сущностным признаком права и его действия является государственное принуждение. Норма получает юридический характер только в том случае, когда некто, обладающий необходимыми властными возможностями и способностями в состоянии придать ей обязывающую силу принуждения под угрозой причинить вред (негативные последствия) нарушителю данной нормы⁸⁴⁷. Узко-нормативное правопонимание, восходящее в отечественной науке к взглядам А.Я. Вышинского⁸⁴⁸, не предполагает равенства людей, исключает граждан из равных условий с властью. Закон и право отождествляются, предполагается всеисилие государства, которое и является единственным источником власти.

Теория правопонимания, которая может объяснить развитие альтернативных юридических процедур должна быть непозитивистского типа, поскольку в основе восстановительного правосудия лежит равенство граждан и их участие в применении права. Наиболее полно, основательно юридическое равенство и потребность в современном исторический период в консенсуальных процедурах разработаны в коммуникативной теории Ю. Хабермаса и связанной с ней концепцией делиберативной демократии⁸⁴⁹.

Необходимость участия граждан в применении права, природу медиации с точки зрения коммуникативной теории, обосновывает в своих работах немецкий философ Аксель Хоннет⁸⁵⁰. Он объясняет их потребностью личности в признании, а также неизбежными проблемами, связанными с делегированием своей воли представителям. Одной из главных потребностей личности является признание со стороны других, оно становится условием для сохранения своей идентичности. Проявлением уважения со стороны общества является признание прав человека. Следовательно, участие граждан в юридических процедурах является необходимой потребностью личности в признании своих прав.

Обязательность участия граждан в юридических процедурах связана также и с формированием в развитых странах социального государства. Это приводит к увеличению количества нормативных актов и экспансии позитивного права в сферы, которые ранее регулировались моралью и иными социальными нормами (процесс «юридификации»)⁸⁵¹. С появлением социального государства

⁸⁴⁷ См.: Графский В.Г. История политических и правовых учений: учебник. М., 2009. С.424.

⁸⁴⁸ См.: Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права// Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С.183.

⁸⁴⁹ См., напр., Хабермас Ю. 1) Демократия. Разум. Нравственность: лекции и интервью. М., апрель 1989 г. / пер.с.нем. М., 1992. 175с; 2) Вовлечение другого. Очерки политической теории/ пер с нем. Ю.С. Медведев; под ред. Д.В. Скляднева. СПб., 2001. 423с.

⁸⁵⁰ См.: Honneth A. Kampf um Anerkennung. Frankfurt am Main, 1994.

⁸⁵¹ См.: Денисенко В.В. Модернизация общества и правовое регулирование // История государства и права. 2007. №22. С.2-4.

увеличивается не только количество правовых норм, но и происходит замена консенсуального механизма между людьми правовым регулированием на основе принуждения. В этой связи во второй половине XX века в Европе наблюдается рост общественных движений и неформальных организаций. Они замещают социальные связи, которые исчезли после замены уже упоминавшихся социальных норм позитивным правом. Вступая в различные движения, человек реализует потребность во взаимном признании. В этой связи медиативные процедуры необходимы для поддержания доверия к законам в обществе и стабилизации уровня легитимности. С точки зрения теории коммуникативной рациональности, поддержание консенсуса в обществе достигается через участие граждан в правовой сфере, через то, что называется концепцией делиберативной демократии. Через консенсуальное правосудие и реализуются идеи делиберативной демократии. Взгляды Ю. Хабермаса лежат в основе теории известного сторонника развития восстановительного правосудия, в частности медиативных процедур, в уголовном процессе Нильса Кристи⁸⁵². Таким образом, в зарубежной правовой мысли процедуры восстановительного правосудия связаны с идеями формального равенства, делиберативной демократии и коммуникативной теории права⁸⁵³. В российской науке подобные позиции развивает А.В. Поляков. В своей коммуникативной теории (как одном из вариантов интеграционного правопонимания) он указывает на взаимное признание как основу взаимодействия в правовой системе⁸⁵⁴.

В российской юридической мысли значительный вклад в выяснение сути принципа формального правового равенства и его основополагающего значения сделали представители либертарного правопонимания. В.С. Нерсисянц писал о триединстве сущностных свойств права, под которыми понимал всеобщую равную меру регуляции, свободу и справедливость⁸⁵⁵. Свобода, понимаемая известным ученым в формальном смысле, указывает на наличие самостоятельного правового статуса человека, т.е. свобода самостоятельно принимать решения по распоряжению своими правами и обязанностями. Свобода возможна лишь там, где люди не только адресаты действующего права, но одновре-

⁸⁵² См., напр., Кристи Н.1) Конфликты как собственность // Правосудие по делам несовершеннолетних. Перспективы развития. Вып.1. М., 1999. С. 31-35, 40-41;2) Борьба с преступностью как индустрия: вперед, к ГУЛАГу западного образца? / ред. и авт. примеч. Ю. Чижов; пер. А. Петрова, В. Пророковой; Ун-т Осло. М., 1999. 203 с.

⁸⁵³ См.: Денисенко В.В. Медиация в публичном и частном праве и ее необходимость с позиций современных теорий правопонимания // Мировой судья. 2015. № 8.С.19.

⁸⁵⁴ См., напр., Поляков А.В. Признание права и принцип формального равенства // Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 70-85.

⁸⁵⁵ См.: Нерсисянц В.С. 1) Типология правопонимания // Право и политика. 2001.№ 10.С.5; 2) Философия права: либертарно - юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С.4.

менно и соучастники в его создании, его творцы и защитники⁸⁵⁶. В своих трудах В.В. Лапаева указывает на сходство идей Ю. Хабермаса и В.С. Нерсесянца⁸⁵⁷.

Как видим, необходимость процедур восстановительного правосудия на современном этапе возможно обосновать только с точки зрения непозитивистских подходов в праве, признающих равенство и демократическое участие граждан в применении права.

Обоснование необходимости медиации в российском уголовном процессе с позиций современных теорий права позволяет рассматривать эти процедуры не как случайное или чуждое заимствование из иностранного права, а как неизбежный результат развития современного общества и государства, как реализацию потребности личности в правовой системе⁸⁵⁸.

Поиск альтернативных средств разрешения уголовно-правовых конфликтов в нашей стране имеет долгую историю. Так, еще ученые-процессуалисты XIX - начала XX веков высказывались о необходимости поощрения лиц, совершивших преступления, за последующие положительные действия⁸⁵⁹. Поощрение и сейчас признается в ряде случаев более результативным средством, нежели наказание, поскольку побудительной силой желаемого поведения (достижения общественно полезного результата) выступают не только предписания, но и собственный интерес субъекта⁸⁶⁰. Применение поощрений позволяет искать такие решения, которые бы удовлетворили всех участников конфликта и явились способами достижения согласия и примирения сторон.

Альтернативные средства разрешения уголовно-правовых конфликтов предполагают взаимные уступки сторон: со стороны государства подразумевается полный или частичный отказ от уголовного преследования, а со стороны виновного – выполнение некоторых социально полезных действий (заглаживание причиненного преступлением вреда; способствование раскрытию, предупреждению или пресечению преступлений и др.)⁸⁶¹.

Таким образом, разработка процедур, существующих вне традиционного уголовного процесса, позволяет говорить о смене «парадигмы наказания» на «парадигму восстановления», которая направлена на примирение и преодоление вредных последствий нарушения уголовного закона вне рамок уголовной репрессии.

⁸⁵⁶ См.: Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. М., 1998. С.164.

⁸⁵⁷ См.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012.С.225.

⁸⁵⁸ См.: Денисенко В.В. Медиация в публичном и частном праве и ее необходимость с позиции современных теорий правопонимания. С.19.

⁸⁵⁹ См., напр.: Спасович В. Учебник уголовного права. Т.1. СПб., 1863.С.139; Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т.1. СПб., 1902.С.717, 1404.

⁸⁶⁰ См.: Малько А.В. Поощрение как правовое средство // Правоведение. 1996. № 3.С.26-27.

⁸⁶¹ См.: Попаденко Е.В. Применение примирительных процедур (медиации) в уголовном судопроизводстве. М., 2010. С.20.

Следует признать, что, традиционный уголовный процесс не всегда позволяет с успехом разрешить уголовно-правовой конфликт, который представляет собой столкновение полярных интересов лица, совершившего преступление, и потерпевшего, общества, государства в сфере общественных отношений, охраняемых уголовным законом. Привлечение к уголовной ответственности и назначение справедливого наказания (как наиболее вероятный исход уголовного судопроизводства) предполагают принуждение и не во всех случаях являются эффективным способом устранения уголовно-правового конфликта и воздействия на состояние преступности в целом. Карательный подход к решению проблемы преступности в совокупности с недостатками пенитенциарной системы не всегда позволяет удовлетворить потребности потерпевшего, а также достичь цели превенции. Необходимо обратить внимание на такие факторы, как рост преступности в целом, в том числе и преступности несовершеннолетних; значительное число преступлений небольшой и средней тяжести. Места лишения свободы, где содержатся также лица, осужденные за незначительные преступления, не способствуют исправлению преступников, предупреждению преступности, а во многом порождают рецидивную преступность. Осужденные, содержащиеся в местах лишения свободы, утрачивают способность к социальной адаптации, к жизни в нормальном обществе в связи с отсутствием реабилитационных программ. Они вновь совершают преступления в связи с утратой социальных связей, неприспособленностью к жизни на свободе, отсутствием возможности устроиться на работу⁸⁶². Недостаточная защищенность интересов потерпевшего, необходимость индивидуального подхода к каждому случаю совершения преступления также обуславливают потребность в выработке современных механизмов разрешения уголовно-правовых конфликтов. В связи с этим законодатель предусмотрел применение поощрительных норм, которые стимулируют определенное поведение виновного. Их наличие в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве предполагает альтернативные средства разрешения уголовно-правовых конфликтов.

В этой связи в мировой юридической науке и практике в последнее время все больший интерес проявляется к альтернативному - восстановительному правосудию. Главным здесь является не наказание, а примирение правонарушителя с потерпевшим и возможность возмещения ущерба. Восстановлению подлежит нарушенный порядок в обществе, права потерпевшего (и в имущественной, и в психоэмоциональной сфере), восстанавливается и сам правонарушитель (осознает, раскаивается, возмещает). В основе этого подхода лежит идея о необходимости примирения сторон конфликта с целью восстановления нормального порядка, существовавшего до совершения преступления; удовле-

⁸⁶²См.: Нагуляк М.В. Актуальные вопросы прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2012. С.3.

творения интересов потерпевшей стороны; исправления, ресоциализации лица, совершившего преступление.

Примирение предполагает прекращение уголовно-правового конфликта между виновным и потерпевшим путем восстановления нарушенных преступлением отношений⁸⁶³. В его основе должно лежать прощение пострадавшим лица, совершившего преступление. Содержание примирения составляет деятельность виновного по заглаживанию вреда, причиненного преступлением.

Применение примирительных процедур, безусловно, вписывается в такие современные тенденции развития уголовно-процессуальной политики многих стран, в т.ч. и России, как гуманизация уголовного процесса (всемерный учет и защита прав личности); ускорение и упрощение уголовно-процессуальной деятельности (дифференциация уголовно-процессуальной формы); расширение диспозитивности⁸⁶⁴.

Отличительным признаком восстановленных программ является участие в них независимого, беспристрастного и объективного профессионально подготовленного посредника, главным назначением которого является налаживание контакта между сторонами. Именно это в последующем позволит участникам программ вести конструктивный диалог. Таким образом, восстановительная юстиция основана на использовании альтернативных уголовному преследованию механизмов, которые предполагают примирение сторон конфликта и позволяют разрешить его с наибольшим положительным эффектом для сторон. Показателем эффективности правового регулирования в таком случае будет снижение степени конфликтности урегулированных общественных отношений, поскольку оно обеспечивает необходимую и достаточную меру свободы в реализации правомерных интересов субъектов социального общения⁸⁶⁵. Механизмы, предложенные разработчиками данной концепции, нашли свое применение в уголовном процессе многих государств. Одним из наиболее эффективных способов разрешения конфликтов в рамках этой концепции является медиация, т.е. разрешение спора путем переговоров с участием третьего лица, в роли которого выступает посредник – медиатор⁸⁶⁶. С процессуальной точки зрения медиация сводится к неофициальному взаимодействию сторон с помощью независимого посредника, позволяющему сторонам найти

⁸⁶³ См.: Попаденко Е.В. Указ. соч. С.87.

⁸⁶⁴ См.: Кузьмина О.В. Альтернативные способы разрешения уголовно-правовых конфликтов в российском праве // Lex Russica. 2015. № 1. С.51-52,55.

⁸⁶⁵ См.: Лапаева В.В. 1) Эффективность закона и методы ее изучения // Эффективность закона (методология и конкретные исследования. М., 1997.С.36; 2) Российская социология права. С.161.

⁸⁶⁶ См.: Арутюнян А.А. Медиация в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С.4.

путь к взаимоприемлемому решению. В такой процедуре главная роль принадлежит самим сторонам⁸⁶⁷.

Основываясь на различиях в правовых системах и уголовно-процессуальном законодательстве ряда европейских государств, можно выделить две разновидности применения медиации: 1) англосаксонскую, в рамках которой медиация является в чистом виде проявлением концепции восстановительной юстиции и представляет собой общинный способ разрешения конфликта; 2) континентальную, для которой характерно применение медиации в качестве альтернативы уголовному преследованию, как правило, закрепленной в законодательстве и имеющей черты процессуального института⁸⁶⁸.

Всем моделям медиации присущ добровольный, неформальный, конфиденциальный характер достижения соглашения о разрешении уголовно-правового конфликта.

В российской правовой системе есть определенный аналог иностранных примирительных альтернатив, направленных на восстановление прав потерпевшего, в виде освобождения от уголовной ответственности (ст. 76 УК РФ) и прекращения уголовного дела в связи с примирением с потерпевшим (ст. 25 УПК РФ). Однако нельзя считать этот российский институт вариантом медиации, поскольку в нем не предусмотрены процедуры, направленные на инициирование государственными органами примирения между потерпевшим и обвиняемым. В отличие от медиации факт примирения лишь просто констатируется дознавателем или следователем. Примирение при этом носит формальный характер, так как достаточно согласия сторон. Одним из недостатков российских альтернатив уголовному преследованию, в основном предусмотренных ст. 76 УК РФ и ст. 25 УПК РФ, которые отличают их от западных аналогов, прежде всего, института медиации, является отсутствие в законе каких-либо мер, направленных на оказание сторонам уголовно-правового конфликта помощи в примирении, заглаживании вреда и т.д. Данное обстоятельство существенно снижает потенциал соответствующих мер уголовной политики, в то время как за рубежом законодательство и правоприменительная практика выработали детальные механизмы активной помощи сторонам с целью их примирения и преодоления вредных последствий нарушения уголовного закона вне рамок уголовной репрессии. В этой связи необходима разработка закона о медиации в рамках уголовного судопроизводства по аналогии с Федеральным законом «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации)». Таким образом, российское уголовно-процессуальное

⁸⁶⁷ См.: Шамликашвили Ц.А., Кабанова Е.В., Тюльканов С.Л. Альтернативные способы разрешения споров и медиация в современном российском законодательстве // Современное право. 2015. № 5. С.88-93.

⁸⁶⁸ См.: Арутюнян А.А. Указ. соч. С.29.

законодательство содержит потенциал для развития примирительных форм разрешения уголовно-правовых конфликтов, однако он пока не реализован. На наш взгляд, можно сделать вывод о необходимости внедрения примирительных процедур в уголовное судопроизводство и разработке концепции медиации для разрешения уголовно-правовых конфликтов с учетом особенностей российского уголовного процесса. Внедрение примирительных процедур будет способствовать достижению фактического примирения, исключит возможность давления на потерпевшего и желание обвиняемого откупиться. Необходимо предусмотреть участие профессионально подготовленного посредника в процедуре примирения, который будет нести ответственность за осуществление своей деятельности и за которым будет осуществляться надзор. Только в результате переговоров обвиняемого с потерпевшим с подробным обсуждением всех аспектов преступления и его последствий, с искренними извинениями принесенными потерпевшему, возмещением ущерба будут защищены и гарантированы права и законные интересы примирившихся сторон. При этом деятельность медиатора должна быть объективной, беспристрастной, независимой от сторон и лица, ведущего процесс, незаинтересованной в условиях заключаемого соглашения, конфиденциальной и безвозмездной. Стороны сами должны выбирать кандидатуру посредника. В законе необходимо установить сроки для принятия сторонами решения об обращении к процедуре медиации, а также разработать алгоритм проведения примирительной процедуры (предварительный этап, встречи сторон с медиатором, заключение соглашения, его исполнение), предусмотреть юридические последствия при достижении или недостижении примирительного соглашения.

Как уже было отмечено, действующее уголовно-процессуальное законодательство прямо не предусматривает применение восстановительных программ. Однако в ряде регионов Российской Федерации суды используют элементы восстановительного правосудия в рамках ювенальной юстиции. В частности, в 52 субъектах РФ они успешно применяются с учетом рекомендаций международно-правовых актов при производстве по делам несовершеннолетних⁸⁶⁹. Судейское сообщество поддерживает подобный опыт и призывает к его дальнейшему развитию. Однако на региональных экспериментах по внедрению медиации в уголовное судопроизводство отрицательно сказывается отсутствие законодательной базы.

Таким образом, одним из направлений реформирования уголовного судопроизводства в России должно стать внедрение примирительных процедур в процесс производства по уголовному делу. Это предполагает приведение рос-

⁸⁶⁹ См.: Василенко А.С. Медиация и другие программы восстановительного правосудия в уголовном процессе стран англосаксонского права. Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С.25.

сийского законодательства в соответствие с международными рекомендациями о расширении применения альтернативных средств разрешения уголовно-правовых конфликтов. Методологической базой для понимания природы консенсуальных процедур в отечественном судопроизводстве являются идеи коммуникативной и либертарной теорий права, основанные на признании формального равенства и потребности общества в участии граждан в праве⁸⁷⁰. Анализ действующего российского законодательства свидетельствует о том, что в нем содержится основа для дальнейшей правовой и организационной базы примирительных процедур.

К.Б. Константинов

Некоторые аспекты понимания содержания права на свободное использование произведения

Проблема эволюции права на современном этапе является чрезвычайно актуальной для большинства государств, вне зависимости от существующей формы правления, государственного устройства, типа экономики и т.д. Это обуславливается комплексом факторов. В частности, широкой распространенностью прочных торговых связей, ростом научно-технического взаимодействия между государствами, глобальным характером экономики, обширной миграцией и многими другими. При этом все приведенные факторы находятся под всеобъемлемым куполом действия норм международного права.

Вместе с тем, специфика понимания этих норм в контексте их соотношения с нормами внутригосударственного права, нередко приводит к невозможности реализации международно-правовых стандартов на практике. Причин этому, как представляется, очень много и их диапазон чрезвычайно широк, от географического местоположения государства до религиозных и культурных особенностей общества.

Современные исследователи правопонимания нередко ограничиваются рассмотрением этого феномена на теоретическом уровне. В некоторых случаях лишь упоминают, что кроме теоретической роли правопонимание выполняет и практическую функцию⁸⁷¹.

Тем не менее, на вопрос о целесообразности или даже необходимости унификации подходов к феномену правопонимания необходимо давать неизменно положительный ответ. Однако приходится констатировать, что на сего-

⁸⁷⁰ См.: Денисенко В.В. Медиация в публичном и частном праве и ее необходимость с позиции современных теорий правопонимания // Мировой судья. 2015. № 8. С.19.

⁸⁷¹ См., например: Таранченко Е.Ю. Правопонимание в постсоветскую эпоху: обзор основных концепций // Правовой научно-практический журнал. 2003. № 7. С.8.

дняшний день человечество находится лишь на пути к поиску универсальных ответов на наиболее значимые базовые вопросы. Так, даже само понимание категории «право» не является единообразным и вызывает дискуссии при осмыслении его содержания.

Впрочем, однозначного подхода к вопросу о формулировании дефиниции понятия «право» до сих пор нет. Некоторые юристы говорят о необходимости такой формулировки⁸⁷². Обращаясь к различным исследованиям, мы находим примеры подобных попыток в разные периоды времени как в отечественной, так и в зарубежной науке. Например, О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский отмечали, что «общее определение права, если оно правильно сформулировано, имеет ту несомненную теоретическую и практическую ценность, что оно ориентирует на главные и решающие признаки, характерные для права вообще и отличающие право от других, смежных, неправовых общественных явлений»⁸⁷³.

Ученые, придерживавшиеся противоположной позиции, также мотивировали нецелесообразность (на их взгляд) выработки универсального понятия права. В частности В.И. Попов отрицал возможность формулирования общепризнаваемой дефиниции права, отмечая, что «стремление выработать единое, универсальное как понятие, так и определение права, используемое теорией и практикой, обречено на неудачу»⁸⁷⁴.

Международное правовое регулирование охватывает широкий круг общественных отношений и, в частности, отношения, связанные с охраной интеллектуальной собственности. Понимание необходимости предоставления юридической охраны правообладателям по всему миру обусловило создание целого ряда многосторонних соглашений в различных сферах отношений, связанных с интеллектуальной собственностью. Так, классическими примерами являются Парижская конвенция об охране промышленной собственности 1883 года, Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 года и ряд других. Более современными являются, в частности, Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция 1961 года), Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС 1994 года), Договор ВОИС по авторскому праву 1996 года и ряд других.

Однако, несмотря на значительное и все увеличивающееся количество международных соглашений в области охраны интеллектуальной собственности,

⁸⁷² См., например: Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. М.: Юридический Центр Пресс, 2005. С.26.

⁸⁷³ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории и права. М.: Юридическая литература, 1961. С.61.

⁸⁷⁴ Попов В.И. Правопонимание в советской юридической науке. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. М., 2001. С.17.

в этой сфере продолжает оставаться множество проблемных аспектов и «белых пятен». Причем как на международном, так и на национальном уровне. Значимым, распространенным и при этом сложным и иногда проблемным институтом права интеллектуальной собственности, является институт авторского права.

В последние десятилетия в развитых странах мира прослеживается стремление сбалансировать интересы всех участников отношений в сфере использования объектов авторского права – авторов, правообладателей и пользователей. Это реализуется посредством расширения случаев свободного использования произведений, распространения института публичных лицензий (*creative commons*) и так далее. Вместе с тем, процесс правовой стабилизации интересов участников авторско-правовых отношений выявляет все новые «белые пятна» и проблемы. Зачастую их удается решать в порядке медиации, в каких-то случаях – по итогам судебных разбирательств, время от времени – путем корректировки законодательства. Нередко этот процесс обычно является достаточно долгим. К тому же ситуация постоянно усугубляется расширением круга объектов авторского права и сфер их использования.

Одним из самых актуальных вопросов авторского права является вопрос поиска баланса между соблюдением интересов правообладателей и интересов пользователей в процессе реализации исключительного права. Напомним, что юридическое содержание категории «исключительное право» заключается в возможности правообладателя использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

При этом и национальное законодательство, и нормы международного права устанавливают ряд изъятий из общего правила о недопустимости использования произведения без согласия правообладателя и (или) выплаты ему вознаграждения за такое использование. Речь идет о случаях свободного использования произведений. В отечественном законодательстве вопросам свободного использования произведений посвящены ст.ст. с 1273 по 1279 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). В этих нормах приводится достаточно широкий спектр ситуаций, при которых у пользователя не возникает необходимости получать согласие или осуществлять выплату правообладателю за использование произведения. В то же время, на практике возникают случаи, когда такое использование необходимо или просто фактически имеет место, однако оно не подпадает под ситуации, указанные в соответствующих нормах ГК РФ.

Одним из таких ситуаций является использование музыкального, хореографического или иного произведения во время репетиций. Слово репетиция происходит от латинского *repetitio*, т.е. повторение. Репетиция является основной формой подготовки зрелищного мероприятия. Она «проводится артистами

под руководством режиссера, в музыкальном театре – дирижера... В процессе многократного исполнения произведения - по отдельным сценам, актам, всего в целом - постановщик и исполнители добиваются верного раскрытия его идейного содержания, яркого воплощения образов»⁸⁷⁵.

Передача исключительного права на произведение, в частности, для его постановки на сцене, осуществляется при помощи лицензионного договора. В соответствии с п. 6 ст. 1235 ГК РФ, в нем должны быть определены, в частности, способы использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Перечень таких способов, по сути, содержится в ст. 1270 ГК РФ. Применительно к театрально-зрелищным постановкам это могут быть: публичное исполнение произведения; сообщение в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению; сообщение по кабелю; перевод или другая переработка произведения; доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения) и, возможно, некоторые другие.

Предположим, некий театр заключает с правообладателем лицензионный договор, по которому лицензиар передает лицензиату (то есть театру) исключительное право на переработку (постановку) и публичное исполнение произведения. Как правило, в лицензионном договоре наряду указанием срока его действия определяется и количество спектаклей (представлений). Допустим, их предполагается десять. Таким образом, лицензиат вправе публично исполнить произведение десять раз. Превышение этого количества представлений ведет к нарушению соответствующего условия лицензионного договора и, как следствие, влечет за собой гражданско-правовую ответственность.

Очевидно, что осуществить постановку спектакля без репетиций не представляется возможным. При этом с юридической точки зрения репетиция представляет собой не что иное, как публичное исполнение. Определить необходимое количество репетиций на момент заключения договора не получится. Получается, что каждая репетиция представляет собой случай контрафактного использования произведения. Более того, нередко театры устраивают открытые прогоны или генеральные репетиции, реализуя на них билеты и привлекая зрителей. Возникает вопрос: вправе ли лицензиар в таком случае привлечь своего контрагента к ответственности? С формальной стороны – да. Ведь под случаи свободного использования произведения репетиционный процесс не подпадает.

Вместе с тем, очевидно, что публичное исполнение в рамках репетиционного процесса осуществляется в целях достижения основной цели лицензионного договора – постановки и представления спектакля. Более того, нередко

⁸⁷⁵ Большая советская энциклопедия. М., «Советская энциклопедия», 1969-78. Т. 22. С. 628.

сам автор литературного или сценарного произведения привлекается к репетиционному процессу с целью недопущения искажения его авторского замысла режиссером-постановщиком. Однако несложно представить себе ситуацию, когда между соавторами или сторонами договора возникли творческие или иные разногласия. При этом юридических оснований для расторжения договора у них нет. Таким образом, у стороны появляется возможность заблокировать практическое достижение цели договора на любом этапе.

Тем не менее, анализ отечественной судебной практики не позволил выявить подобные случаи. Однако это не означает, что возникновение таких или схожих ситуаций невозможно. Опыт ряда зарубежных театров и концертных организаций свидетельствует о том, что при заключении соответствующего лицензионного договора в него вносится условие о проведении необходимого и достаточного количества репетиций с целью подготовки спектакля (концерта), включая (или исключая) предпремьерные показы. О существовании аналогичной практики в России нам ничего неизвестно.

Поэтому с целью исключения возникновения подобных случаев, представляется целесообразным внести в отечественное законодательство норму, наделяющую театральную или иную аналогичную организацию правом публичного исполнения произведения в процессе подготовки спектакля, концерта и т.п. неограниченное количество раз. При этом необходимо исключить взимание платы с лиц, присутствующих на репетиции. Подобное правило могло бы быть сформулировано в пп.8 п. 1 ст. 1274 ГК РФ (Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях).

Подводя итог сказанному, отметим, что в рассмотренной ситуации прослеживается различие в понимании содержания исключительного права. Если традиция некоторых театрально-зрелищных заведений США и ряда европейских стран предполагает предвидение такой ситуации (пусть даже не на законодательном уровне, а в договорной практике), то в России подобных случаев нам не встречалось.

Завершить же рассмотрение заявленной темы представляется целесообразным высказыванием О.В. Новосельцева: «Вряд ли в действительности мыслимо вполне совершенное право. Оно всегда будет в чем-то неудовлетворительно, и требовать различных изменений в зависимости от условий места и времени. Поэтому в научных целях и в интересах эффективного правотворчества следует приветствовать разные подходы к праву, разные определения права и стремление к их синтезу в рамках единого понятия»⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ Новосельцев О.В. Интеллектуальная собственность в системе гражданского права: проблемы правопонимания. М., «Юрайт», 2008. С.7.

Правопонимание и некоторые проблемы института медиации⁸⁷⁷

Одним из неоднозначных примет современного отечественного правового дискурса является некое повышенное внимание или даже «зацикленность» проблемами правовопонимания. Такое состояние уже продолжается пару десятилетий, возникло он в исторически своеобразный период «перестройки», когда многие гуманитарные отрасли знания пересматривали свои парадигмы. И если в родственных социальных дисциплинах подобного рода процессы сейчас уже отошли на второй план, то юристы с упорством достойным лучшего применения ломятся в ту же дверь. Вообще, проблема осмысления правовопонимания в новейшей истории отечественной юриспруденции уже достойна своего историографического исследования. Хорошо бы только, чтобы это исследование было достаточно объективным и критичным.

Между тем, эта проблема не является эфемерной или «высосанной из пальца». Она существует и подвергается осмыслению не одну сотню лет и социальными философами, и юристами, имеет свою интеллектуальную традицию во всех странах с самостоятельными правовыми системами. Другое дело, что этот вопрос там не отнимает столько времени и сил специалистов, сколько в современной отечественной общеправовой науке. Как представляется это уже некий искусственно созданный перекосяк в исследовательском процессе, который должен быть специально обсужден научным сообществом. Помнится, что когда в начале «перестройки» в социальные журналы хлынул вал работ с концептом «тоталитаризм», то в одном из наших ведущих политологических журналов было принято сознательное редакционное решение не принимать такого рода материалы. Это немного охладило пишущую публику, и со временем это поветрие сошло на нет. И видимо наука, по большому счету, от этого ничего не потеряла. Вполне возможно, что юристам пора принять подобного рода решение и в отношении материалов с концептом «правопонимание».

Количество работ по указанной теме уже приводит к некоему «казусу сороконожки». Конечно, трудно спорить с мыслью, о том, что вообще проблема правовопонимания затрагивает все стороны правовой жизни. Как отмечает Н.В. Варламова, «то или иное понимание права (тип правовопонимания) как наиболее общее и концентрированное выражение представлений о сущности и назначении права предопределяет специфику истолкования любой юридиче-

⁸⁷⁷ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ и Администрации Волгоградской области в рамках проекта проведения научных исследований («Медиативные технологии снижения социальной конфликтности в деятельности должностных лиц органов местного самоуправления Волгоградской области»), проект №16-13-34020.

ской категории более частного порядка»⁸⁷⁸. Но такая концентрированность на «типе понимания», а каждый этот тип адепты наглухо привязывают к определенным политико-правовым, а то и нравственным ценностям способна наглухо заблокировать любое творческое исследование не хуже, чем партийно-идеологическая цензура. Так, например, В.В. Денисенко пишет: «Когда отечественные юристы используют в своих работах такие категории, как «механизм правового регулирования», «правовые средства», «правовые инструменты», то это подразумевает, что они строят свои конструкции с позиций антидемократических, ибо здесь не имеет значения ни равенство, ни участие граждан, а определяющим право и его действие признаком становится принуждение, насилие»⁸⁷⁹. В рамках отечественной правовой теории существует научная школа (направление) под условным названием «инструментальная теория права», имеющая в своих рядах много известных и уважаемых специалистов, а данным проблемам посвящали свои исследования, пожалуй, большинство признанных выдающихся отечественных юристов-теоретиков. По мнению критиков позитивизма, своеобразным «исчадием ада» в советской правовой науке было «узконормативное» правопонимание и его автор Вышинский. Однако уже в современных исследованиях пробивается мысль о том, что написать научную биографию Вышинского довольно сложно, поскольку его теоретические взгляды и канва его биографии драматически переплетены⁸⁸⁰. Так в 1948 году он, комментируя то самое узконормативное определение права, данное на совещании десятилетней давности, и которое всецело ему приписывается, говорил: «В 1938 г. я защищал это определение, но предупреждал, что оно является предварительным и что, вероятно, в него потребуется внести те или иные поправки. Я не исключаю это и сейчас и в дальнейшем. Известно, что опыт, - лучший учитель, что теория является не чем иным, как обобщением опыта»⁸⁸¹. Как видно вполне корректная позиция. Конечно, тема историографии и историософии отечественной юриспруденции это отдельная проблема, но исследователям неплохо бы более глубоко осмысливать расхожие сюжеты. В нашей даже недавней истории довольно много «скелетов» в шкафу, в том числе и таких сомнительных ситуаций, когда современные сторонники новейших типов правопониманий с энтузиазмом еще недавно клеймили сторонников иных правопониманий. Конечно, никому не запрещено менять

⁸⁷⁸ Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010 С. 5.

⁸⁷⁹ Денисенко В.В. Медиация в публичном и частном праве и ее необходимость с позиции современных теорий правопонимания // Мировой судья. 2015. № 8. С. 15 – 20 // СПС «Консультант-Плюс».

⁸⁸⁰ Философия права в России: из опыта XX века: монография / Отв. ред. В.Г. Графский М., 2016. С. 47.

⁸⁸¹ Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 419

научные взгляды, однако лучше бы сменить и «повадки» поведения в научных спорах. Впрочем, к науке это, как правило, не имеет отношения.

Продолжая тему правопонимания, можно отметить, что в отраслевых науках, данной проблематике обычно не придается большого значения. Как бы то ни было, но социально-политическая практика требует разрешения многих жизненных проблем, поэтому отраслевые юристы не пережёвывают интеллектуальную жвачку четвертьвековой давности, а осваивают новые насущные проблемы. Конечно, при этом совершаются ошибки, иногда довольно крупные от которых общетеоретическая юриспруденция могла бы их уберечь, но еще не факт, что сама общая теория права склонилась она всецело к одному «правильному» правопониманию не породила бы также массу ошибок.

Современная правовая жизнь, все усложняющиеся социально-правовые процессы постоянно порождают новые явления, требующие всестороннего общеправового осмысления. И подходить к ним с заранее выработанным шаблоном, то бишь конвенционально принятым «типом правопонимания» было бы как минимум ненаучно. Одним из таких плохо осмысленных пока социально-правовым феноменов является технология медиации, пришедшая к нам в основном из США и Западной Европы. Хотя уже работает федеральный закон о медиации, есть кое-какая практика его реализации, однако теория медиации по большому счету только складывается. Даже само понимание явления довольно спорно. В литературе существует десяток вариантов определений медиации. В исследовательских работах синонимически применяются понятия «примирение», «посредничество», «переговоры», «медиация». Сам же термин «медиация» (от лат. посредничество) используется в довольно широком спектре значений: от теологического до музыкального.

Мнение о том, что медиация – это участие граждан в применении права, основанное на равенстве участников является, как минимум, неточным. Граждане, если исходить из устоявшихся понятий теории права, право не применяют. Но проблема даже не в этом. Авторы, позиционирующие себя как сторонники позитивистских подходов, даже не задаются целью ответить на позитивистский вопрос: а вообще-то проблема медиации является юридической или более широкой социологической, в которой правовая сторона является не всегда главной? Отсюда выросли бы и сомнения в том, а насколько граждане стремятся стать судьями в собственном деле, т.е. «применять право»? Именно невнимание к такого рода вопросам, по нашему мнению, резко снижает, а иногда и губит весь пафос «правопонимательских» изысканий.

Нечто подобное случилось и с проблемой медиации. То, что она предстала примерно в последнее десятилетие прошлого века как проблема юридическая это ее одновременно и счастье, и несчастье. Счастье в том, что юристы из всех гуманитарных профессий наиболее близки к социально-политической

практике, и идея, охватившая юристов, может очень быстро стать материальной силой. Так оно и произошло. Принятый в 2010 году закон о медиации⁸⁸² ввел в социальную практику не просто смутные идеи, а вполне дееспособные технологии со своими внутренними двигателями способными развивать данный процесс. Однако чисто юридический взгляд на проблему отсек многие ее немаловажные социальные аспекты, рассматриваемые социологами и социальными психологами. Некое противоречие уже видится в самом названии федерального закона, в котором говорится об альтернативной процедуре. Альтернативной чему? Очевидно альтернативной судебной процедуре. Но судебная процедура возможна только для правовых споров, все иные социальные конфликты данной процедурой не затрагиваются. Можно ли сделать вывод о том, что разрешение социальных конфликтов помимо права ничем не регулируется и соответственно, являются тайной для общества? Или другая проблема: известно, что между правовыми и неправовыми или социальными конфликтами нет непреодолимых преград, любой социальный конфликт имеет те или иные правовые грани, которые могут стать главными, но могут и уйти в тень. Все эти важные моменты порождают такое явление как «юридификация» общества, т.е. выход права за его сущностные пределы, явления, несомненно вредного для социального развития. Так, академик Российской Академии Наук Т.Я. Хабриева пишет: «В развитии социального законодательства отчетливо проявляется и тенденция к юридификации – постоянному расширению сферы его воздействия. Оно охватывает как новые явления (генная инженерия, биотехнологии, социальные интернет-услуги и т.д.), так и давно существующие, но не регулируемые правом семейные, жилищные, иные общественные отношения»⁸⁸³. Беда здесь не столько в расширении самого права, как системы рациональных норм, сколько в возрастании власти бюрократии, что для социального развития, является процессом отнюдь не безобидным.

Очевидно, что в настоящее время «юридификация» медиации привела к смещению центра ее развития в коммерческую сферу как удобный способ разрешения конфликтов в предпринимательской среде. Эта специфическая тема интересна специалистам по арбитражным спорам и в общем-то нормы федерального закона сформулированы в удобном для этих специалистов и их клиентов виде. В иных сферах, в частности семейных, данная процедура является скорее экзотичной, поскольку кроме тех правовых условий для проведения медиации на которые указывает закон еще необходимо ряд неправовых в частно-

⁸⁸² Федеральный закон от 27 июля 2010 г. №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» //СЗ РФ, 2010, №31, ст. 4162; 2013, №27, ст. 3477, №30, ст. 4066.

⁸⁸³ Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8. С.7.

сти, экономических (финансовых) параметров, что в ситуации семейного конфликта уже становится само по себе проблемой. Правда, законодатель чувствовал эту ограниченность закона и ввел институт непрофессиональных медиаторов, ничего при этом не отрегулировав, но основательно запутав проблему. Отсюда и вопрос: что собственно означает «медиация»: то, что написано в законе, или то, что происходит на самом деле в сфере преодоления многообразных социальных конфликтов?

Чтобы решить эти и подобные им немаловажные задачи следует все же не уповать на исследовательскую конвенциональность, вроде всяческих «соотношений понятий» (посредничества, медиации, примирения, переговоров и т.п.), а, скорее на социально-историческую практику. Обращаясь к ней, сразу становится очевидным, что современный юридический подход резко ограничивает социальную историю и практику применения медиационных технологий, а многие положения и принципы закона или указанные в нем принципы медиации довольно искусственны, как плод перенесения в российскую практику неких европейских методик, ориентированных сугубо на культуру предпринимательского общества европейского уровня. В данном случае речь не идет о каких-то философско-мировоззренческих спорах, дело в другом и более очевидном: в таком виде у нас это работает плохо, и перспективы улучшения не просматриваются. Ситуация, впрочем, более сложна: то, что называется посредничеством и примирением, происходит повседневно в миллионах жизненных ситуаций - без этого процесса нормальная жизнь общества невозможна. Однако социальная наука (в широком смысле) этого процесса не видит, поскольку юридические «очки» здорово искажают реальность. Не видя очень важных социальных процессов, наука не просто наносит вред некой идеальной копилке знаний. Это было бы еще полбеды. Беда в том, что, не видя данных процессов, наука искажает общую картину жизни социума. Ну что можно сказать об обществе, в котором население не ценит социальный мир и не имеет ни опыта, ни знаний о процедурах примирения? Ведь даже преодоление обычаев кровной мести процедурами примирения, как известно, было гигантским шагом по пути цивилизации, спасшим многие общности от самоистребления. Вторая опасность здесь заключается в том, что, как известно, одна из социальных функций науки — это не только «знать», но и оказывать влияние на практику путем устранения необоснованных препятствий, и повышения эффективности протекания социально полезных, прогрессивных процессов. Понятно, что если о том или ином социальном процессе имеется превратное представление, то и о научно обоснованной практике здесь говорить не приходится.

Все вышесказанное относится всецело к проблеме медиации и соответствующему законодательству. Поэтому обращение к истории явления выступает первым шагом на пути преодоления методологических искривлений. Так,

уже указывалось, что в исторических взглядах на медиацию почему-то прева­лирует подход, связывающий развитие этой процедуры только с торговым пра­вом и третейским судом. Веским доказательством такого подхода для некото­рых авторов нередко служит то, что во второй половине XIX века в России по­средников в торговых спорах иногда называли медиаторами. Но вот факт: по свидетельству собирателя сведений об обычном праве донских казаков М.Н. Харузина, третейские суды, установленные на основании ст. 48 и 49 Положения об общественном управлении в казачьих войсках от 13 мая 1870 в низовых ста­ницах Войска Донского, казаки называли медиаторскими⁸⁸⁴. Поэтому само по себе совпадение терминов, при всей его любопытности не решает окончательно проблемы. Главное - суть явления. А суть можно понять, не исходя из сиюми­нутной идеологической заданности, а опираясь, прежде всего, на историчность или, что то же самое, объективность явления. Тогда не будет некоторых курь­ёзных заявлений. В десятках публикаций на тему происхождения медиации ав­торы, похоже чувствуя некую национальную неполноценность, массово дока­зывают, что медиация была известна на Руси давно - и в Псковской судной грамоте, и в купеческих судах XIX века, при этом изначальная общая посылка состоит в том, что медиация или примирение — это социальная технология, присущая всем обществам, поскольку является условием их выживания. А да­лее ситуация становится скверным анекдотом. Так, констатируется, что после Октябрьской революции 1917 года, когда частная собственность на основные средства производства была преодолена, медиация была забыта и возродилась только к концу XX столетия в связи с известными политическими событиями. При этом, похоже, авторы молчаливо констатируют, что в этом историческом промежутке шла «война всех против всех», поскольку проблема медиации была неведома советскому обществу. Их даже не смущает тот, неоднократно под­твержденный социологами факт, что советское общество в его зрелой стадии было не в пример современному толерантнее и неконфликтнее, что достига­лось, в том числе, и путем применения всяких технологий снятия социальных и экономических конфликтов. Однако современный дискурс медиации не позво­ляет пристально рассмотреть эти процессы, поскольку тема медиации изна­чально задана в жёстких методоло-идеологических рамках, подкреплённых нормативными положениями федерального законодательства. Да, в советское время людей мирили бесплатно, что не соответствует современным подходам отечественного законодательства.

Некоторая заикленность на непозитивистских типах правопонимания в современном юридическом дискурсе, почти автоматически ведет к европоцен­тризму, чаще всего в его рыночном варианте. То, что медиация, примирение

⁸⁸⁴ Харузин М.Н. Сведения о казацких общинах на Дону: Материалы для обычного права – Выпуск 1. М., 1885. С.305.

сторон при помощи медиатора (посредника) - это вековая технология традиционных обществ, и в ее социальных (а не коммерческих) вариантах более развита в странах Востока, об этом авторы даже не упоминают. Так же не очень интересны им истоки медиации, настоящие причины внимания к ним в США в середине прошлого века и в странах Западной Европы. Высказывается мысль, что причиной внимания к медиации являются не трудности в функционировании судебной системы, и наличие разнообразных социальных конфликтов, отравляющих жизнь людей, а участие граждан в юридических процедурах – это необходимая потребность личности в признании своих прав. Но тогда получается, что личность - это нечто сутяжное, без участия в юридических процедурах она не мыслит полноценной жизни. И почему медиация, которая, об этом, кстати, часто забывают, как правило, ведет к половинчатым решениям, является лучшим средством для признания прав граждан, чем судебное решение? Следует также помнить, что, при самых острых конфликтах, когда действительно тяжесть нарушений прав граждан является бесспорной, т.е. при совершении преступлений, технологии медиации, как правило, неприменимы.

Одним из символов принадлежности к позитивистскому типу правовопонимания является принцип формального равенства, которое является символом чистоты настоящей юриспруденции. При этом, как говорится «на голубом глазу» позитивистские теории третируются за их склонность ко всяким формально-определенным, читай - бюрократическим моментам. Это противоречие, кажется, еще никто внятно не объяснил, но аргумент формального равенства используется по любому поводу, как сокровищница священного знания недоступная позитивисту. На самом деле для «позитивиста» никакой тайны здесь нет. Право, как достаточно формально сконструированная управленческая технология строится на том, что субъекты права обозначаются в правовой формуле одним обобщенным (абстрактным) понятием. Вступая в те или иные правовые отношения, мы - «граждане», «избиратели», «родители» и т.п., то есть абстрактно перед правовой нормой равны. И если все граждане, с учетом определенных критериев, становятся «избирателями», то они «от Москвы до самых до окраин» имеют право в один из заранее определенных дней прийти к избирательным урнам. Конечно, по сравнению с дореволюционным, неравным правом сословных привилегий, это гигантский шаг вперед, однако из этого не нужно делать далеко идущих общественно-политических выводов. В дореволюционных Государственных Думах, представителей рабочего класса и особенно крестьянства (трудовики) было на порядок больше, чем в современных парламентах. Не считать же представителями трудящихся спортсменов и артистов? Таким образом, формальное равенство — это конечно важнейшее свойство права, но оно не является определяющим для политико-правовой оценки той или иной правовой системы. Поэтому для утверждений о том, что лишь ос-

нованная на признании формального равенства и потребности общества в участии граждан в праве юридическая теория способна объяснить развитие консенсуальных процедур, никаких оснований нет. Медиация в отличие от судебных и административных процедур, которые действительно выстроены на принципе формального равенства «здесь и сейчас», исходит как раз из неформальных отношений, с учетом симпатий и антипатий сторон, учета дальнейших перспектив общения и сотрудничества, благотворительности, прощения, обиды, совести и т.п. моментов, которые для права недоступны.

Попутно обратим внимание на следующий парадокс. В настоящее время во многих отраслях социального знания, особенно в социологии на первое место выходит проблема социального неравенства. Проводятся мощные международные научные форумы, масштабные исследовательские проекты. Можно даже сказать, что происходит поворот к проблеме социального неравенства, проблеме, которая порождает основные социальные конфликты современности. Однако в отечественной юриспруденции, увлеченной дискурсом правопонимания, с подачи ведущих либералов и либертарианцев проблемы социального равенства не существует в принципе, есть только проблема формального равенства, которую нам помогает решать Европейский Суд по правам человека. Вообще это поразительное сознательное интеллектуальное отставание и от мировых научных трендов, и от реальной жизни, причем в основе этого как раз ведущий по идеологической активности тип правопонимания, заблокировавший осмысление указанных проблем.

Следующее спорное утверждение: медиация – это процедуры, объективно необходимые для поддержания доверия в обществе к законам, для стабилизации необходимого уровня легитимности. Медиативные технологии — это бесспорно необходимые процедуры, однако не для поддержания доверия к власти, которая как ни крути, порождая подавляющую массу правовых норм, не всегда действует эффективно, а для упорядочивания социальных отношений, иногда, как отмечают специалисты, и вопреки действующим нормам. Здесь власть, так сказать, должна закрыть глаза и отдать иногда довольно серьезные социальные проблемы на откуп медиации. Наглядное пособие – современные споры о семейном насилии. С точки зрения формального равенства здесь проблем нет: гражданин А нанес телесные повреждения гражданке Б (или наоборот). То есть налицо правонарушение - все это описано в процессуальном праве, и никаких формальных оснований отдельно описывать подобного рода казусы нет. А и Б равны перед законом. А как же в реальной жизни? А в реальной жизни и комедии, и драмы, а чаще всего трагедии, ведь поговорка «бьет значит любит» не на пустом месте возникла. Те же проблемы и с ювенальной юстицией, в которой с точки зрения формального равенства проблем тоже вроде бы не должно возникать. Вообще существует удивительный парадокс: люди, позиционирующие се-

бя твёрдыми непозитивистами, или даже антипозитивистами, при решении конкретных юридических проблем становятся большими позитивистами чем те, кто таковым себя никогда не считал, а просто исходил из потребностей социальной реальности.

Возвращаясь к «эффекту сороконожки» поясним, о чем идет речь. Согласно расхожей байке сороконожку однажды спросили, с какой ноги она начинает движение. Сороконожка задумалась ... и не смогла сдвинуться с места. Нечто подобное может грозить нашей юридической науке, если дискурс правопонимания будет доведен до абсурда. Если при исследовании той или иной проблемы исследователь будет изначально задумываться не о знании и истине, а о соответствии тому или иному типу правопонимания, чтобы не прослыть «антидемократом» и сторонником насилия, то в итоге он получит нечто далекое от науки. Или он застынет на месте как «сороконожка» поскольку, начиная всякое новое исследование, ученый обычно не знает, что за эффекты в нем кроются, а последовательная честность может привести в ряды тех же самых «антидемократов», позитивистов и противников либертаризма. Поэтому есть два пути: или ничего не делать («сороконожка»), симулируя бурную исследовательскую деятельность, или выдавать утверждения о формальном равенстве, потребности личности в признании прав, доверии общества к законам и т.п. Трудно сказать, какой из них предпочтительнее, сейчас, похоже, оба варианта задействованы.

Поскольку природа медиации скорее всего не юридическая, а более социально психологическая, то позитивизм, вряд ли ее объяснит. Исходя из истории медиации, ее роли в общественных процессах, этот феномен лучше бы был раскрыт с позиций школы естественного права или психологических школ в классических вариантах. Попытка же объяснения медиативных технологий через современные российские конструкции либертаризма, коммуникативизма и т.п. доморощенных или плохо освоенных импортных идей, видимо, не приводит к успеху. А ведь в наше бурное конфликтное время культура примирения, посредничества, медиации так необходима российскому обществу.

Раздел III.

ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРОЦЕСС

Т.А. Васильева

Итальянская конституционно-правовая доктрина в меняющемся мире: трактовка базовых концепций

На рубеже XX - XXI вв. во многих странах возрос интерес к разработке современной концепции конституционализма. Это характерно и для итальянской политико-правовой доктрины, где данная проблематика все чаще рассматривается в более широком контексте, в свете новых социальных вызовов, с которыми сталкивается государство⁸⁸⁵, трансформации современного европейского общества, для которого все в большей степени характерно культурное, этническое религиозное разнообразие⁸⁸⁶, особенностей современной правовой культуры, базовыми элементами которой становятся космополитизм и универсализм прав человека⁸⁸⁷, интернационализации конституционного права, формирования универсальных и региональных стандартов, которых должны придерживаться государства⁸⁸⁸.

В итальянской литературе обращают внимание на изменение среды существования современного конституционализма, что находит свое выражение в глобализации сферы действия гарантий прав человека, трансформации национальных правовых систем, функций и полномочий современного государства, модификации содержания базовых понятий⁸⁸⁹. Сегодня конституционное устройство европейских государств определяется не столько национальной правовой культурой, сколько универсальной политико-правовой культурой, сформировавшейся благодаря развитию наднационального права. Соответ-

⁸⁸⁵ См.: Dogliani M. Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali // URL: www.costituzionalismo.it/articoli/324 (дата обращения: 12.07.2016); Pace A. Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo // URL: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/art20031121-1.asp> (Дата обращения: 08.07.2016 г.).

⁸⁸⁶ См.: Spadaro A. La crisi delle costituzioni di “compromesso” e il ruolo dei cattolici in europa // URL: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/torino300307/spadaro.html> (дата обращения: 08.07.2016).

⁸⁸⁷ См.: Messina G. Neocostituzionalismo e democrazia // Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista xurídica interdisciplinar internacional. 2007. No. 11. P. 538.

⁸⁸⁸ См.: Denninger E. L’impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee // URL: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200310/denninger.html> (Дата обращения: 11.08.2016 г.).

⁸⁸⁹ См.: Azzariti G. Per un diritto costituzionale “normativo” // Democrazia e diritto. 2004. No. 2. P. 15-19.

ственно и содержание конституционно-правовых понятий и институтов все в большей степени начинает определяться наднациональными факторами.

В итальянской литературе существуют различные подходы к интерпретации понятия конституционализма. Современный конституционализм трактуется как способ ответственного разрешения конфликтов⁸⁹⁰, урегулирования проблем, связанных с социальной и индивидуальной свободой, в рамках конституционной законности⁸⁹¹. Он ориентирован на расширении сферы свободы и гарантий основных прав, о чем свидетельствуют содержание конституций, принятых в конце XX – начале XXI вв., а также практика органов конституционного контроля⁸⁹². Ряд авторов, акцентируя внимание на многообразии трактовок конституционализма, считает необходимым вернуться к его оригинальной концепции, в основе которой лежит идея ограничения публичной власти в целях предотвращения произвола, связанности субъектов публичного права юридическими обязательствами⁸⁹³. Сторонники данного подхода полагают, что в настоящее время необходимо возложить определенные ограничения и на частных лиц, в частности - в сфере охраны окружающей среды, производства и продажи вооружения, распространения массовой информации. Именно такая трактовка конституционализма, по их мнению, позволит дать ответы на новые глобальные вызовы, которые стоят перед человечеством (изменение климата, сохранение экосистемы, борьба с бедностью, международным терроризмом, обеспечение миграционной безопасности и т.д.). При этом они исходят из того, что в современных условиях проблема ограничения публичной власти должна рассматриваться в контексте формирования многоуровневой системы правления, предусматривающей совместное решение стратегических задач органами публичной власти различного уровня; расширения круга субъектов, участвующих в разработке и принятии политических и правовых решений; формирования площадок для постоянного диалога участников соответствующего процесса; принятия решений путем переговоров на базе консенсуса, а не на основании принципа большинства; передачи публично-властных полномочий региональным и местным органам публичной власти, а также иным субъектам публичного и частного права. Данная концепция ориентирована на уменьшение концентрации публичной власти на общенациональном уровне и приближение процесса принятия решений к гражданам; более сбалансированное распределение финансовых ресурсов между органами публичной власти с учетом поставленных перед ними задач; уменьшение административной опеки и усиление само-

⁸⁹⁰ См.: Dogliani M. Op. cit.

⁸⁹¹ См.: Sartori G. Liberalismo e costituzionalismo // La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia. Atti del Convegno di Società Libera. Milano, 15-17 ottobre 1999. Milano, 2000. P. 58.

⁸⁹² См.: Martines T. Introduzione a diritto costituzionale. Torino, 1994. P. 109.

⁸⁹³ См.: Pace A. Op. cit.

стоятельности региональных и местных органов публичной власти; создание условий для осуществления публичной политики в интересах граждан и общественного контроля за деятельностью органов публичной власти.

В литературе обращается внимание и на то, что с момента своего возникновения конституционализм не только способствовал рационализации институциональных механизмов, исходя из логики эффективности и акцентируя внимание на некоторых основополагающих процедурных нормах, связанных с распределением и упорядочиванием полномочий и формированием органов, их осуществляющих, но и стремился увязать эти основополагающие нормы с определенными ценностями, признанными вечными и предшествующими самой конституции⁸⁹⁴. К таким ценностям в первую очередь относятся права человека, индивидуальная и общественная свободы, понимаемые как основа и одновременно ограничитель учредительной власти.

В современных условиях политические ценности конституционализма фактически получили нормативное закрепление и представляют собой те ценностные парадигмы, которым должно следовать позитивное право⁸⁹⁵. В учредительных актах, как правило, определяются цели конституционного устройства, сформулированные в виде принципов и ценностей, исходя из которых должно оцениваться действующее законодательство. Таким образом, современные конституции задают определенные рамки⁸⁹⁶ в отношении компетенции, форм и процедур деятельности органов публичной власти, обуславливают содержание законов, формируют форму правления как организованную и систематизированную в правовых рамках систему разделения властей и как взаимное уравновешивание различных органов, наделенных полномочиями в сфере нормотворчества. Тем самым учредительные акты превращаются в источник легитимации политической власти и высшее измерение законности⁸⁹⁷.

Следует отметить, что конституции, созданные и развивавшиеся как жесткие в целях удовлетворения потребности членов общества в стабильности и определенности, начинают все в большей степени выступать в качестве инструмента развития и обновления, институализации многообразия и сложности

⁸⁹⁴ См.: Ciaurro G. *Costituzionalismo e libertà // La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia. Atti del Convegno di Società Libera*. P. 93.

⁸⁹⁵ См.: Bilancia F. *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale // URL: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/353/>* (Дата обращения: 17.08.2016 г.).

⁸⁹⁶ Демократическая конституция, как подчеркивают итальянские исследователи, представляет собой не просто соглашение о правилах политической игры, но и главным образом свод фундаментальных ценностей, комплексную систему установления правовых границ. См.: Spadaro A. *La crisi delle costituzioni di "compromesso" e il ruolo dei cattolici in europa*.

⁸⁹⁷ Как отмечал проф. Г. Загребельски, конституцию следует рассматривать как программный документ, который необходимо реализовать на практике. см.: Zagrebelsky G. *Il diritto mite*. Torino, 1999. P. 4.

существующих реалий, достижения единства формы и содержания провозглашенных принципов, а также отражать плюрализм существующих ценностей в рамках установленных процедур⁸⁹⁸. Все это, по мнению сторонников данной концепции, создает определенные сложности при разработке новой теории права конституционного государства, отражающей изменение структуры позитивного права, которая включает разнообразные ценности и принципы, в том числе и сформулированные на европейском уровне.

В настоящее время в итальянской литературе идут дискуссии относительно трактовки понятия неоконституционализма⁸⁹⁹. Этот термин объединяет представителей различных течений, которые исходят из того, что конституция в материальном смысле определяется социальной моралью, которая распространяется и на принципы правосудия. Концепция «неоконституционализма» подчеркивает связь модели «конституционного государства» с моральным опытом сопротивления тоталитаризму и противодействия развязыванию войн, тем опытом, который был воплощен в конституциях второй половины XX в. и способствовал утверждению конституционной государственности⁹⁰⁰. Ее сторонники полагают, что в позитивном праве могут содержаться моральные критерии и ценности, санкционированные правом в качестве целей общества⁹⁰¹.

В итальянской литературе отмечается, что неоконституционализм нельзя рассматривать как единую, целостную и хорошо структурированную теорию, он объединяет сторонников разнообразных правовых течений, рассматриваемых в качестве альтернативы юридическому позитивизму, который трактуется как правовая теория вчерашнего, а не сегодняшнего дня⁹⁰². Теоретическая модель неоконституционализма базируется на следующих положениях: 1) право не сводится к «простым командам», он побуждает к действию и включает в себя рационально обоснованные моральные принципы; 2) авторитет права базируется на необходимой связи позитивного права и справедливости; 3) теория права не должна быть нейтральной, она должна учитывать перспективы тех, кто рассматривает право как побуждение к действию; 4) идея Остина о том, что право является системой принуждения, отражает патологию в юридической практике и от нее необходимо отказаться; 5) задача юриспруденции – доби-

⁸⁹⁸ Как отмечается в литературе, Конституция все чаще рассматривается как живой инструмент, находящийся в процессе эволюции. См.: См.: Spadaro A. Op.cit.

⁸⁹⁹ См.: Pozzolo S. Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Torino, 2001; Messina G. Neocostituzionalismo e democrazia // Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista xurídica interdisciplinar internacional. 2007. No. 11. P. 527 – 559; Pino G. Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici // Giurisprudebza costituzionale. 2001. Vol. 56. No. 1 . P. 965–997.

⁹⁰⁰ См.: Dogliani M. Op. cit.

⁹⁰¹ См.: Messina G. Op. cit. P. 536.

⁹⁰² См.: Schiavello A. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? // Diritto & questioni pubblici. 2003. No. 3. P. 37.

ваться субстанциональной справедливости, которая достигается посредством обращения к принципам и ценностям и предполагает ограничение или полное исключение судейского усмотрения; б) техника поиска баланса между принципами позволяет вычленить типичные способы юридического толкования; 7) нормативность права связана с достижением общего блага; 8) право - это комплексная социальная практика, а не «нечто, фактически данное»; 9) действительность права обосновывается исходя из сущностных, а не формальных критериев; 10) рациональная обоснованность судебного решения вытекает из объективных критериев⁹⁰³.

По мнению неконституционалистов, конкретизация конституционных принципов осуществляется посредством разработки правовых норм исходя из определенных моральных постулатов, и применение конституционных принципов невозможно без осуществления морального выбора, являющегося юридически значимым как один из элементов принимаемого решения. В свою очередь существенные трансформации правовой системы государства открывают дорогу новому стилю в юридической аргументации в практике конституционных судов и наднациональных судебных инстанций⁹⁰⁴.

Сторонники неконституционализма исходят из того, что теория юридического толкования является значимой составной частью теории права. Они акцентируют внимание на практической составляющей права и видят недостатки такого подхода, при котором право рассматривается сугубо как объект теоретического познания без учета практической составляющей⁹⁰⁵.

Применительно к толкованию права суть теории неконституционализма сводится к следующему: 1) типичным способом юридического толкования является техника поиска баланса между принципами; 2) невозможно разделить толкование и применение права; 3) толкование права не отличается значительно от толкования в других сферах; 4) юридическое обоснование – это особый вид практического обоснования; 5) техника поиска баланса ориентирована на исключение дискреции лица, осуществляющего толкование (всегда существует только одно правильное решение в определенной сфере); 6) применение техники поиска баланса помогает доктрине решать задачи, связанные с поддержкой юридической практики и участием в создании права⁹⁰⁶.

Представители католической правовой доктрины обращают внимание на ослабление влияния конституции и законов в регулировании конституционно-правовых вопросов. Итальянские авторы говорят о кризисе конституции и кон-

⁹⁰³ См. : Pozzolo S. Op. cit. P. 126-127.

⁹⁰⁴ См.: Dogliani M. (Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico // URL: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/357/>(Дата обращения: 11.08.2016 г.)

⁹⁰⁵ Schiavello A. Op. cit. P. 46.

⁹⁰⁶ См. : Pozzolo S. Op. cit. P. 89.

ституционализма в свете этико-культурного кризиса, характерного для современного периода⁹⁰⁷. В первую очередь они связывают это с тем, что конституции, принятые после Второй мировой войны, не могли предвидеть процессы глобализации, массовый приток иммигрантов из третьих стран, являющихся приверженцами нехристианских религий, эволюцию традиционного семейного права, появление гомосексуальных партнерств, развитие биоэтики. Конституционная публичная этика, по их мнению, не сдерживает процессы секуляризации, которые оказывают дестабилизирующее влияние на современный конституционализм, являющийся светской идеологией, имеющей глубокие и неоспоримые религиозные корни. Кроме того, существенное значение имеет и трансформация современного общества, для которого все в большей степени характерно этническое, религиозное, культурное и этическое многообразие.

Крах политики мультикультурализма, допускавшей параллельное существование различных культурных моделей, способствовал распространению интеграционной концепции межкультурного развития, предполагающей привидение к «минимальному общественному конституционному знаменателю» всех членов общества, культурное посредничество и диалог. Вместе с тем, по мнению представителей католической доктрины, при всей своей неопределенности базовые принципы европейского конституционного устройства не подлежат пересмотру, составляют неотчуждаемое наследие и как таковые не могут быть объектом для урегулирования на договорной основе представителями различных религий и культур. «Твердое ядро» европейской модели конституционной государственности (то, что Конституционный Суд Италии в решении № 1146 1988 г. назвал «неприкосновенными основными принципами и правами») базируется на пяти пилястрах - демократия, децентрализация, разделение властей, основные права и конституционный контроль, с которыми непосредственно связаны светский характер государственности, культурный, религиозный, политический и экономический плюрализм.

Сегодня, по мнению представителей католической доктрины, существует не столько кризис христианской этики, сколько кризис светской конституционной или публичной этики, базирующегося на идеях либеральной демократии и персонализма. Если радикальный либертариизм в качестве конечной цели выдвигает установление порядка, обеспечивающего неограниченную личную свободу, то конституционализм базируется на идее относительной свободы, которая сосуществует с другими ценностями (равноправие, поддержка, солидарность) и встроена в более сложный социальный контекст, включающий систему обязанностей и ответственности. Таким образом, современные культурные выпадения направлены не столько против христианства, имеющего преимуществен-

⁹⁰⁷ См.: Spadaro A. Op. cit. P. 126–127.

но религиозное измерение, сколько против идеи конституционной демократии, историко-политической концепции, наиболее близкой к христианству⁹⁰⁸, ориентированной на защиту не только свободы, но и достоинства личности. Вместе с тем, по мнению представителей католической правовой мысли, конституционные демократические режимы, сформировавшиеся в Италии, Германии, Испании во второй половине XX в., представляют собой наилучший исторически возможный «культурный компромисс», обеспечивающий пространство для межкультурного диалога и легальные возможности для отстаивания интересов меньшинства.

Другое направление исследований связано с проблемой конституционализации права. В итальянской юридической литературе эти вопросы начали подниматься сразу же после вынесения первых постановлений Конституционного Суда в 1956 г. Вместе с тем полноценной темой для обсуждения конституционализация стала только в 80-х гг. прошлого века. В этот период была издана известная монография «Влияние конституционных ценностей на современные правовые системы»⁹⁰⁹.

Конституционализация национального права - это процесс насыщения, пропитывания права конституционными принципами и ценностями. Такой подход предполагает необходимость переосмысления значения конституции в обществе⁹¹⁰. Как отмечалось ранее, сегодня она рассматривается как акт прямого действия, не только ограничивающий органы государственной власти, но и моделирующий, формирующий общество. Конституция не только регулирует некую специфическую конституционную материю, она содержит базовые принципы, которые должны быть распространены на весь правопорядок. Это особо актуально в тех странах, где принятие нового учредительного акта знаменует собой кардинальное изменение основ конституционного устройства.

В свете новых подходов реализация конституции возлагается не только на законодателя, но и на всех представителей юридического сообщества, которые непосредственно участвуют в процессе конституционализации права и правовой культуры. Это предполагает необходимость критического подхода к тем аспектам правового регулирования, которые противоречат или в должной мере не учитывают конституционные предписания, а также активное воплоще-

⁹⁰⁸ Следует отметить, что значительная часть социальной доктрины Церкви («публичная католическая этика») была воспринята современным конституционализмом и превратилась в публичную светскую этику современного государства.

⁹⁰⁹ См.: *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* / A cura di A. Pizzorusso, V. Varano. T. 1. Milano, 1985.

⁹¹⁰ Подходы к трактовке конституции значимы не только в концептуальном плане, они определяют технику и стиль толкования, задачи, возлагаемые на органы, осуществляющие интерпретацию текста учредительного акта. См.: Pino G. *Tre concezioni della costituzione* // *Rivista di Teoria e Critica della Regolazione Sociale*. 2015. No. 1. P. 32.

ние в жизнь конституционных принципов⁹¹¹. Исходя из новой трактовки конституционализации эффективным может быть признано только то законодательство, которое не вступает в противоречие с конституционными ценностями и способствует их осуществлению.

Для успешного развития процесса конституционализации необходим ряд условий: наличие жесткой конституции и конституционного контроля; независимость органов конституционного контроля в системе разделения властей; система отбора и назначения, способствующая прохождению в органы конституционного контроля лиц, разделяющих конституционные принципы и ценности; активное использование судебного толкования для приведения законодательства в соответствие с конституционными предписаниями, в первую очередь – с конституционными принципами; осознание органом конституционного контроля своей роли гаранта прав меньшинства; признание обществом и другими органами публичной власти судебско-правотворчества; независимая оценка юридической науки правовых позиций, сформулированных как в самих решениях, так и в особых и конкурирующих мнениях.

Конституционализация права требует рассмотрения всех правовых институтов с точки зрения их соответствия конституционным принципам, в первую очередь в области прав человека. Это является одним из проявлений изменения правовой культуры, смены «приоритета обязанностей» «приоритетом прав человека»⁹¹². Для осуществления этих изменений требуются новые подходы к толкованию, предполагающие признание открытого характера прав человека, то есть возможности выведения из основного права производных прав и предоставления защиты даже в тех случаях, которые не были известны в период разработки и принятия учредительного акта; необходимость обоснования допустимости ограничений прав человека и соблюдения запрета на ограничение их сущности; поиск справедливого баланса между вступающими в противоречие правами или интересами. При этом конституция рассматривается как динамично развивающаяся, эволюционирующая с течением времени.

Конституционный Суд Италии в решении № 1146 1988 г. признал, что учредительный акт содержит верховные принципы, суть которых не может быть изменена ни законом о внесении изменений в Конституцию, ни другими конституционными законами. К таковым он отнес принципы, не подлежащие в соответствии с положениями учредительного акта пересмотру (республиканская форма правления - ст. 139) и составляющие высшие ценности, на которых базируется Конституция. В практике Конституционного Суда основными принципам были признаны достоинство личности, неотчуждаемый характер

⁹¹¹ См.: Pino G. I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica // La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà. Roma: Lateranza, 2013. P. 20-21.

⁹¹² См.: Bobbio N. Teoria generale del politica. Torino, 1999. P. 431-440.

прав человека, суверенитет народа, светский характер государственности, плюрализм в культурной, религиозной, политической и экономической сферах, равноправие, судебная защита прав человека.

В решении № 366 1991 г. Суд признал также невозможным пересмотр неотчуждаемых прав⁹¹³. Исходя из открытого характера ст. 2 Конституции⁹¹⁴, Конституционный Суд Италии признал, в частности, конституционное значение таких прав, как право на жизнь, право на жилище, право на имя, право на личную идентичность, право на возвращение на родину, право на *privacy*, право на сексуальную свободу, право несовершеннолетнего на помещение в семью, право на социальную свободу и т.д.⁹¹⁵

Данный подход предполагает возможность применения принципов права к любому аспекту социальной жизни и любому конфликту интересов, сокращение сферы конституционно «свободного» (не значимого с точки зрения конституции) пространства; распространение действия принципов права не только на отношения между личностью и государством, между органами публичной власти, но и на отношения между частными лицами; возможность применения конституционных предписаний судами общей юрисдикции к отношениям между частными лицами для разрешения споров.

В.Е. Чиркин

Наднациональное право – новое явление современности

В современных условиях наряду с другими факторами на развитие права в отдельных странах и в международном масштабе большое влияние оказывают три процесса: модернизация, глобализация и интеграция. Каждый из них может иметь положительное значение и отрицательные стороны, но это - объективная необходимость и, в конечном счете, они содействуют технологическому и социальному прогрессу всего международного сообщества.

В результате этих процессов после Второй мировой войны возникло множество различных международных организаций: региональных (например, Европейский союз), континентальных (Африканский союз, являющийся преемником Организация африканского единства), межконтинентальных, например, БРИКС - Бразилия, Россия, Индия, Китай, с 2011 г. также Южно-Африканская

⁹¹³ См.: Morrone A. Bilanciamento (giustizia costituzionale) // Enciclopedia del diritto. Milano, 2008. Vol. II. Т. II. Р. 198.

⁹¹⁴ Согласно ст. 2 Конституции Италии, Республика признает и гарантирует неотъемлемые права человека – как отдельного лица, так и в социальных образованиях, где раскрывается его личность, – и требует выполнения безусловных обязанностей политической, экономической и социальной солидарности.

⁹¹⁵ См.: Morrone A. A. Op. cit. Р. 188.

Республика (в 2015-2016 гг., к ним в особой форме присоединились Индия, Пакистан и др.).

В некоторых таких объединениях состоят несколько государств, другие включают десятки государств (в Африканском союзе – 53, в Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) – 57⁹¹⁶). Почти все они, например, кроме Союза стран Персидского залива, охватывают огромную территорию и население (АСЕАН – более 1 млрд., ШОС – около 1,5 млрд., БРИКС – более 2,5 млрд.).

В региональных союзах, задуманных как экономико-региональные союзы и являющихся ими по своей основной природе, изначально ставятся и не могут не ставиться некоторые политические цели (например, поддержание мира и безопасности в регионе). Некоторые из них неустойчивы, даже из более централизованных объединений выходят государства (а 2016 г. Великобритания из ЕС), но иногда в них возникают зародыши регионального публично-правового образования, а иногда и создается такое незавершенное образование. В них могут складываться элементы не только регионального международного права (оно должно соответствовать «общему» международному праву и является его региональными частями), но и зародыши наднационального права регионального внутреннего характера⁹¹⁷, а иногда и незавершенное наднациональное право. Пока что это имеет место только в Европейском союзе (ЕС), который, после длительного развития, (с 1957 г.), сложился в особую организационно-правовую форму публичного характера и занимает особое место среди региональных организаций. Опыт ЕС и его развитие могут представлять интерес для образованного в 2015 г. (дата вступления Устава в силу) Евразийского экономического союза (ЕАЭС) с участием РФ.

Европейский союз не самый многочисленный по числу государств-членов (в нем после выхода Великобритании – 27, а, например, в Совете Европы – 47), не самый крупный по размерам территории (одна Россия впятеро превышает ЕС), по численности населения (в 2016 г. приблизительно 507,4 млн. человек), втрое меньше, чем ШОС и впятеро, чем БРИКС (даже без учета их ассоциированных членов). Однако доля ЕС в мировом ВВП в 2010 г. была больше всех. Это 25,6% мирового ВВП, прогноз на 2018 г. – 22,1%

⁹¹⁶ В ОБСЕ состоят не только европейские, но и некоторые иные государства (США, Кыргызстан и др.).

⁹¹⁷ Слова «нация», «национальный» в русском языке понимаются в плане этнической характеристики. В английском и романских языках слова «nation», «national» такой характеристики не имеют, а понимаются как «государство», «государственный» (нередко используется термин «нация-государство»). Организация Объединенных Наций это организация не наций, а государств. Это различие важно учитывать, когда мы говорим о наднациональной публичной власти и наднациональном праве.

(БРИКС около 20%, прогноза нет, США - 23.4%, прогноз на 2018г.-22,2%)⁹¹⁸. ВВП (номинал) на человека в ЕС в 2016 г. 32,5 тыс. долл. США в год (средний ВВП на душу населения в мире приблизительно 14 тыс. долл., в США ВВП 55,9 тыс. долл., млн.⁹¹⁹).

ЕС имеет единую валюту (евро), хотя в зону евро входят только 19 из 27 государств (в Швеции, Дании Польше и других странах своя национальная валюта). В ЕС – единое европейское гражданство (в дополнение к гражданству государств-членов). ЕС имеет свой флаг, герб, гимн («Ода радости»), своих послов в других государствах (но не государствах-членах). В Европейском союзе, в 2015 официально начал обсуждаться даже вопрос о создании собственной армии ЕС (в 2016 г. обсуждение продолжается), вновь поставлен вопрос о создании собственного правительства ЕС.

Анализируя учредительные документы ЕС с последними поправками, Лиссабонский договор 2007 г., систему органов ЕС, практическую деятельность ЕС, способы принятия решений ЕС, обязывающих государства-члены вопреки их желанию, возможность использования принуждения⁹²⁰ распространение обязательности актов ЕС на внутренние отношения в государствах-членах, отношения ЕС и государств-членов, можно прийти к выводу, что в наше время ЕС не является ни конфедерацией, ни федерацией. После Маастрихтского договора 1992 г. (преобразование прежней организации в ЕС) он сложился как своеобразное, незавершенное государство-подобное публично-правовое образование. Оно не завершено, поскольку не имеет государственного суверенитета, но у него есть некоторые суверенные права и государственные полномочия, переданные ему государствами-членами, что закреплено путем изменений их конституции при вступлении в ЕС.

Решения институтов (семи основных органов ЕС), облеченные в форму регламентов, директив, иных актов ЕС – это акты своеобразного наднационального, т.е. надгосударственного права. Оно соединяет некоторые признаки международного и внутригосударственного права, и этот термин отличает его от того и другого. Но наднациональное право ЕС тоже не завершено. У него нет некоторых основных отраслей права (например, уголовного), нет конституции-

⁹¹⁸ <http://www.nippon.com/ru/editor/f00025/> (доступ 9.03.2015)

⁹¹⁹ <http://nonews.co/directory/lists/countries/gdp-ppp;>

<http://romashkovoo.livejournal.com/150347.html>. Самый высокий показатель у Люксембурга – 104,3 тыс. долл. в год на человека, третьим идет Катара -93,9 тыс., самый низкий у Демократической Республики Конго – 400 долл. США.

⁹²⁰ Это наиболее отчетливо выражено не в документах ЕС, а в Уставе Африканского союза. Он предусматривает даже право вмешательства во внутренние дела государств-членов. В п.4 ст.4 его Устава (2002) говорится о «праве Союза вмешаться в дела государства-члена в соответствии с решением Ассамблеи «в связи с серьезными обстоятельствами, а именно, военные преступления, геноцид и преступления против человечности». См.: <http://docs.cntd.ru/document/901880996>.

онного права (договоры ЕС все-таки не конституция, а принять Конституцию ЕС в 2004 г. не удалось).

При создании органов ЕС, в известной мере, принята концепция конституционного права о трех ветвях государственной власти⁹²¹. В принципе нормотворческая власть в ЕС может осуществляться Европейским советом (Европейским советом глав государств и правительств ЕС⁹²², это по существу конференция, саммит глав государств и правительств 27 членов ЕС). Например, этот орган принял в 2007 г. Лиссабонский договор, во многом повторявший неудавшуюся Европейскую конституцию, ее положения⁹²³, но на практике Европейский совет принимает решения важнейшего политического характера, определяет направления политики ЕС. Глав государств и правительств в Европейском совете часто представляют министры иностранных дел. Заседания Европейского Совета проходят не менее чем дважды в год и длятся два дня. Решения, которые вырабатываются главами государств и правительств в ходе заседаний Европейского Совета носят характер политической директивы.

На практике среди семи институтов ЕС (институты – это особо значимые органы, которые вправе принимать обязывающие решения) нормотворческая власть ЕС реализуется, как правило, Советом Европейского союза (Советом ЕС) совместно с другим органом -Европейским парламентом (эти органы принимают несколько видов нормативных актов ЕС, основные из них, видимо, регламенты и директивы). Совет ЕС играет в этом содружестве основную роль. Он иногда может принимать обязывающие решения один, Европарламент - не может.

В Совет ЕС входят 27 членов от правительств, стран-членов Европейского союза, обычно министры, по одному от каждого государства-члена, но они при принятии решений имеют неодинаковое число голосов (от 29 до трех). Всего голосов в Совете ЕС 345 (до выхода Великобритании из ЕС в 2016 г.). Путем согласований голоса распределены в зависимости от численности населения государства, его экономической роли, политического влияния следующим образом: четыре крупнейших государства-члена (Великобритания, Германия, Италия, Франция) имеют 29 голосов, Испания и Польша по 27 голосов, Румыния – 14, Нидерланды – 13, Бельгия, Чехия, Греция, Венгрия, Португалия - по 12, Австрия, Швеция, Болгария - по 10, Дания, Ирландия, Литва, Словакия,

⁹²¹ Правда, в наше время в отдельных конституциях латиноамериканских стран таких ветвей названо четыре и даже пять.

⁹²² Его следует отличать от Совета ЕС (часто называют просто Совет), о котором сказано ниже, и от Совета Европы – организацией государств Европы, куда входит и Россия.

⁹²³ Лиссабонский договор рассматривается как поправка к учредительным документам ЕС, которые рассматриваются как своего рода конституционные основы ЕС. Это Договор о создании ЕС 1992 г. и Договор о функционировании ЕС (неоднократно изменялся, в настоящее время, как можно понять, действует в редакции 2010 г.).

Финляндия - по 7, Кипр, Эстония, Латвия, Люксембург, Словения - по 4, Мальта - 3 голоса (Великобритания имела 29 голосов). Самые крупные государства имеют почти в десять раз больше голосов, чем самые мелкие, что сказывается, конечно, на принятии решений в Совете ЕС. Такое распределение может очень незначительно изменяться, например, в связи с принятием нового государства в ЕС и при выходе государства-члена (Великобритания в 2016 г.).

В соответствии с Лиссабонским договором решения в Совете ЕС принимаются специфическим квалифицированным большинством: необходимо, как минимум, 55% голосов членов Совета ЕС при условии, что «за» голосовали, как минимум, 15 государств-членов ЕС, которые представляют, как минимум, 65% населения ЕС. Блокирующим меньшинством, препятствующим принятию решения, являются четыре государства-члена ЕС независимо от числа их голосов.

Европейский парламент, принимающий нормативные акты ЕС только вместе с Советом ЕС (но в отдельных заседаниях), избирается прямыми выборами в каждом государстве-члене ЕС на 5 лет в основном в соответствии с численностью его населения (в последние годы – граждан). При распределении числа мандатов от страны учитываются также политические и экономические факторы.

Парламент, избранный в 2014 г. в соответствии с Лиссабонским договором, включает 751 члена (750 членов и председателя). Самое большое представительство имеют немцы - 96 мандатов, далее следуют французы - 74 места; итальянцы имеют 73 мандата, (британцы имели тоже 73), испанцы - 54, поляки - 51. Бельгия, Греция, Венгрия, Португалия и Чехия имеют по 21 месту, Нидерланды - 26, Румыния - 32. В диапазоне от 8 до 20 мест имеют: Австрия (18), Болгария (17), Дания (13), Ирландия (11), Латвия (8), Литва (11), Словакия (13), Словения (8), Финляндия (13), Хорватия (11), Швеция (20). По шесть депутатов выбрали граждане Эстонии, Люксембурга, Мальты и Кипра. Таким образом, в данном случае крупные страны тоже имеют мандатов в десять и более раз, чем самые мелкие, но для мелких стран есть определенные привилегии: если бы число мандатов от страны определялось только в зависимости от численности населения, то, например, Мальта не получила бы ни одного мандата, а так она имеет шесть. Депутаты в Европарламенте объединяются не по странам, а по политическому признаку: формируют свои европейские партийные фракции. В парламенте, избранном в 2014 г, большинство имеют правые силы.

Европейский Парламент абсолютным большинством голосов дает согласие на вступление нового государства в состав ЕС, дает согласие на заключение международных договоров от имени ЕС, назначает Европейского омбудсмана, юридически оформляет назначение членов Европейской Комиссии (это исполнительный орган ЕС, кандидатов представляют государства), Счетной палаты и дирекции Европейского Центрального Банка, он избирает председателя Евро-

пейской Комиссии (кандидатура заранее согласовывается государствами, имеющими большинство голосов в парламенте).

Решения в парламенте принимаются абсолютным большинством голосов. Блокирующего меньшинства в данном случае нет. Европарламент по большинству решений Совета ЕС обладает правом вето, т.е. может не согласиться с решением Совета ЕС, и тогда нормативный акт не принимается. Однако Совет ЕС в определенных случаях может принять решение один (например, об изменении цен на сельскохозяйственную продукцию), парламент не может такое решение задержать или отменить. Он может высказать только рекомендации, которые Совет ЕС вправе игнорировать. Совет один утверждает регламенты или уставы некоторых органов ЕС, решает другие вопросы. Парламент обладает бюджетными полномочиями (принятие бюджета ЕС совместно с Советом ЕС), осуществляет некоторый контроль за деятельностью Европейской Комиссии и других органов ЕС.

Проекты нормативных актов ни Совет ЕС, ни парламент представлять в парламент не вправе. Это делает Европейская комиссия. С 2014 года в нее входят 2/3 представителей от 28 (теперь -27) государств-членов (на основе ротации - замены выбывающих представителями от других государств-членов ЕС). Они называются еврокомиссарами и считаются генеральными директорами по разным направлениям работы. Комиссия может заседать и принимать решения, как в полном составе, так и по группам родственных направлений деятельности (транспорт, сельское хозяйство и др.). Без ее инициативы нормативный акт не может быть принят. Однако Совет ЕС единогласным решением, а Парламент абсолютным большинством голосов могут предложить изменение в проекте Еврокомиссии.

Основные нормативные правовые акты ЕС, проекты которых Комиссия представляет в Совет ЕС и Европарламент, принимаются, как говорилось, совместно этими органами путем одной из трёх процедур: совместным (общим) решением, на основании консультаций или путем процедуры согласия. В рамках данной статьи нет возможности обсуждать детально эти варианты. Заметим лишь, что главным отличием между этими способами является форма сотрудничества Европейского парламента и Совета ЕС. Какая процедура будет применена, определяет Европейская комиссия при предложении проекта.

Процедура принятия общего (совместного) решения это, по существу, сложная квазизаконодательная процедура. Европейская комиссия представляет предложение обоим институтам, принимающим нормативный акт, - Совету ЕС и Парламенту. Каждый из них обсуждает его дважды (два чтения). В случае, если институты не могут прийти к соглашению, предложение отсылается в Комитет примирения, который образован равным числом представителей от Совета ЕС и Европейского парламента. Представители Европейской комиссии также

принимают участие в заседаниях этого комитета и участвуют в дискуссиях. При достижении в Комитете примирения соглашения принятый текст снова представляется европейскому парламенту и Совету ЕС на рассмотрение в третьем чтении, чтобы эти учреждения смогли принять его как правовой акт. Процедуру принятия общего решения применяют в 27 сферах регулирования (транспорт, проблемы занятости, борьба с социальной несправедливостью, образование, предотвращение дискриминации прав жителей ЕС и др.).

При процедуре консультаций Европейская комиссия также подаёт предложение Совету ЕС и Европейскому парламенту. Предложение официально обсуждает Совет ЕС, Парламент даёт обязательную консультативную оценку акта, он может утвердить предложение Европейской комиссии, отклонить его или потребовать внести изменения. В случае если Европейский парламент просит внести изменения (принимает соответствующие предложения о поправках), Европейская комиссия рассматривает и оценивает все рекомендуемые изменения, после чего Совет ЕС принимает (не принимает) нормативно-правовой акт, а Европейский Парламент может лишь воспользоваться правом отлагательного вето. В некоторых случаях Совет ЕС может принять правовой акт только при положительном консультативном заключении Парламента. В обсуждение принимают участие также Экономический и социальный комитет и Комитет регионов. Процедура консультаций затрагивает одиннадцать сфер (изменение Договоров ЕС, гражданство ЕС, сельское хозяйство, налоговый режим и др.). В случае принятия каких-либо рекомендаций об изменениях, Европейская комиссия высылает Совету ЕС изменённое предложение. Совет ЕС рассматривает изменённое предложение - принимает его в первоначальном виде или вносит дополнительные изменения.

Процедура согласия подобна процедуре консультаций, но в некоторых случаях Европейский парламент не может вносить изменения в предложение, которое принял Совет ЕС, он может только его принять или отклонить. Процедура согласия применяется при принятии правового акта в шести сферах: специфические задачи Европейского центрального банка, процедура выборов в Европарламент, определенные международные соглашения, присоединение новых стран-участниц к ЕС и др.

Особенности ограниченной публичной власти в ЕС (в пределах государственных полномочий, переданных ЕС государствами-членами) и своеобразие формы данного публично-правового образования находят свое продолжение в особенности наднационального права в ЕС (некоторые ученые не считают его собственно правом, например, украинские авторы).

Региональные организации могут создавать свое право. Они создают свое региональное международное право (разумеется, они подчинены и нормам «общего» международного права). Однако пока что во всех из них, кроме ЕС, иного

права, кроме регионального международного права, нет, иногда есть только единичные нормы с отдельными зародышами принуждения (например, в Африканском союзе, в Совете Европы), хотя всегда говорится об обязанности выполнять их основополагающие документы (уставы, хартии региональных союзов). Только в ЕС создано и существует свое особое наднациональное право. Этот факт и такое название признаны в науке. Право ЕС, как справедливо писал Л.М. Энтин, еще до принятия Лиссабонского договора, нельзя считать только региональным международным правом⁹²⁴. Оно имеет также и иной характер.

Иногда различают первичное, вторичное и третичное право ЕС. Первое - это основополагающие документы (Маастрихтский договор о ЕС 1992 г. и Договор о функционировании ЕС в ред. 2010 г.)⁹²⁵, второе - акты институтов ЕС (органы ЕС не создают, а выполняют правовые нормы), третье - решения Суда ЕС, если они становятся судебными прецедентами (в них содержатся определенные правовые позиции, в соответствии с которыми должны решать подобные дела другие суды в ЕС). Нередко называют акты ЕС мягким правом, иногда его не считают собственно правом.

Большинство актов права ЕС носят названия регламентов и директив. Регламенты должны выполняться в государствах-членах ЕС точно. Директивы тоже обязательны для исполнения, но государства-члены могут использовать для их выполнения свои методы. Посредством директив происходит гармонизация национального права государств-членов ЕС, т.е. обеспечивается взаимное соответствие норм, регулирующих определенную сферу общественных отношений, при этом такие нормы остаются не однообразными для всех государств-членов ЕС⁹²⁶. Поскольку государства-члены обязаны руководствоваться правовыми актами ЕС, которые создаются институтами ЕС в Брюсселе, государства-члены часто просто непосредственно имплементируют такие акты в свое законодательство. Чехия, например, имплементировала более 100 тыс. страниц актов ЕС, не изменяя ни одной запятой⁹²⁷.

Иногда наднациональное право ЕС называют частью международного права. Такая характеристика недостаточна. Как говорилось, его акты непосредственно действуют внутри государств-членов, причем это не отдельные нормы, а их массив, заменяющий национальное право государств-членов региональной междуна-

⁹²⁴ Энтин Л.М. Право Европейского союза. Основные категории и понятия. Киев. 2003. С. 11.

⁹²⁵ Лиссабонский договор 2007 г., хотя он имеет очень объемный характер, превышающий размеры некоторых основополагающих актов, рассматривается как поправка к ним.

⁹²⁶ Наряду с регламентами и директивами институты ЕС, и иногда и органы ЕС, могут принимать другие правовые акты. Некоторые из них (например, решения) относятся к конкретному случаю, заключения обычно имеют консультативный характер, но международные соглашения ЕС с определенным государством ЕС по вопросам, которые не урегулированы основными актами ЕС, могут иметь нормативный характер для сторон соглашения. .

⁹²⁷ <http://www.moldovanova.md/ru/publications/show/358/>

родной организации. Наднациональное право ЕС это особая разновидность регионального надгосударственного права, которая создана на основе международных актов для внутригосударственного применения государствами-членами данной организации. Однако оно становится надгосударственным в той мере и в тех сферах, в каких государства-члены передали часть своих государственных полномочий ЕС.

Наднациональное право ЕС обладает следующими особенностями.

1. Наднациональное право возникает на основе согласования воли государств-членов, а затем развивается путем деятельности правотворческих институтов ЕС. Многие акты права ЕС рождаются в процессах координации и в поисках консенсуса. По этой и то другим причинам (пути выполнения правовых актов ЕС и др.) право ЕС в определенной мере (отнюдь не всегда) имеет элементы «мягкого права», но в целом, будучи правом, оно обязывает и имеет свои своеобразные инструменты принуждения для выполнения обязательств.

2. Право ЕС имеет разносторонний комплексный характер. Это не только часть международного права, как его иногда характеризуют в справочниках. Оно имеет внутригосударственное непосредственное действие, его определенные акты непосредственно (а не только путем имплементации), без трансформации норм права ЕС в национальное право государств-членов, распространяются на физических и юридических лиц, находящихся в государствах-членах ЕС. В наднациональном праве ЕС соединены элементы международного регионального права и внутреннего права государств, публичного и частного права.

3. Наднациональное право ЕС имеет незавершенный характер. Акты ЕС регулируют многие общественные отношения, но в отличие от государства не все, которые могут регулироваться правом и поддаются правовому регулированию и должны подвергаться правовому регулированию. Они регулируют те отношения, полномочия по которым переданы ЕС государствами-членами. Некоторые отрасли права остаются вне сферы правового регулирования ЕС, другие регулируются правом ЕС только частично.

4. Наднациональное право ЕС имеет основополагающий характер для государств-членов и приоритет перед правом государств-членов, но только в тех сферах, в которых некоторые государственных полномочия государств-членов переданы ЕС.

5. Распространяясь непосредственно на регулирование общественных отношений внутри государств-членов, право ЕС включает возможность вмешательства в вопросы, относящиеся к внутренней компетенции государств, но только если такие вопросы (суверенные права, полномочия) переданы ЕС государствами-членами.

6. Право ЕС характеризуется своеобразными способами применения. Его непосредственное применение не связано с деятельностью органов ЕС Оно применяется и исполняется органами государств-членов.

ЕС прошел длительный, шестидесятилетний путь развития. В нем есть свои минусы и плюсы. Этот опыт может быть полезен другим региональным интеграционным объединениям, хотя, как тоже показывает опыт кризисных лет, интеграция, видимо, имеет свои пределы.

А.М. Диноршоев

Влияние правосознания на формирование прав человека

Одной из важнейших задач, стоящих перед юридической наукой, и, в частности, наукой прав человека, является исследование проблемы наиболее эффективной регламентации и реализации прав и свобод человека в государстве в целях упорядочения поведения участников правовых отношений.

В современном обществе Таджикистана, которое находится в условиях построения новой государственности, создания новой модели развития взаимоотношений человека, общества и государства с акцентом на приоритетное использование правовых средств в разрешении возникающих вопросов, указанная проблема эффективности права становится особенно острой. Всем известно, что права и свободы человека и гражданина имеют смысл только тогда, когда они реализуются, т.е. претворяются в жизнь. Без этого невозможно говорить о соблюдении прав и свобод человека и гражданина. Вопросы реализации прав и свобод человека тесно связаны с реализацией права. Под реализацией права в юридической науке понимается осуществление юридически установленных и гарантированных государством возможностей, направленных на осуществление субъективных прав индивидов. Право реализуется посредством активного поведения индивида при пользовании материальными и духовными ценностями и благами.

Как отмечают Г.Н. Манов и А.В. Васильев, реализация права представляет собой деятельность, согласную с выраженной в законе волей. Ее можно рассматривать как процесс и как конечный результат. Как конечный результат реализация права означает достижение полного соответствия между требованиями норм совершать определенные поступки или воздержаться от них и суммой фактически последовавших действий. Реализация права как процесс может быть охарактеризована с объективной и субъективной стороны.

С объективной стороны она представляет собой совершение определенных действий, предусмотренных нормами права. С субъективной стороны реализация права характеризуется отношением субъекта к правовым требованиям в момент совершения предписываемых действий. Он может быть заинтересованным в реализации права, осуществлять правовые предписания, осознавая общественный долг или из страха неблагоприятных последствий. Но главное в

этом процессе — тщательное следование образу действий, условиям места и времени их совершения. Реализация не состоится, если одно из обязательных условий будет нарушено⁹²⁸.

Таким образом, реализация прав и свобод граждан представляет собой часть общей проблемы реализации права. Эти понятия имеют как общие, так и отличительные признаки, которые учитываются при характеристике реализации именно субъективных прав и свобод.

Как отмечает А.А. Гончарова, в процессе использования своего права гражданин имеет дело с разнообразными по смыслу юридическими нормами, а не только с теми нормами, в которых субъективное право сформулировано в общем виде⁹²⁹. Так, закрепленное в ст. 38 Конституции РФ право граждан на охрану здоровья реализуется в рамках многих правоотношений, в разнообразных вариантах и направлениях, которые зависят от конкретных обстоятельств. Кроме того, осуществление этого права регулируется ст. 35 (право на труд), ст. 39 (право на социальную защиту) Конституции, нормами гражданского, уголовного, административного, уголовно-процессуального кодексов РФ и другими нормативными актами.

Итак, реализуется субъективное право многими положениями юридических норм, в которых может конкретизироваться содержание этого права, условия и порядок его использования. Предусматривается и материальная норма субъективного права, которая реализуется через применение процессуальных норм. Реализация прав и свобод граждан связана с управомочивающими нормами, так как управомочивающие, а не обязывающие или запрещающие нормы, предоставляют субъекту возможность свободного выбора их использования. Гражданин сам принимает решение о том, каким способом реализовать свое право⁹³⁰.

Что касается обязывающих и запрещающих правовых норм, то основой их содержания являются не права граждан, а их активные или пассивные обязанности. В первом случае граждане обязаны выполнять указания относительно предписанных в них действий, во втором – воздерживаться от совершения действий, запрещенных нормами права. Путем соблюдения реализуются нормы уголовного и административного законодательства, которые предусматривают конкретные составы правонарушений и ответственность за их совершение⁹³¹.

Рассматривая вопросы соотношения реализации права и реализации конституционных прав, А.Е. Черных отмечает, что оно имеет определенную спе-

⁹²⁸ Теория права и государства / Под ред. Г.Н. Манова. М., 1995. С. 204—205; Васильев А.В. Теория права и государства: Учебник. М., 2008. С. 206.

⁹²⁹ Гончарова А.А. Правовые основы обеспечения верховенства конституционных прав и свобод личности в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 37–38.

⁹³⁰ Более подробно см: Пучкова В. Проблемы реализации права граждан на охрану здоровья // Право и жизнь. 2006. № 78.

⁹³¹ Гончарова А.А. Указ. соч. С. 37–38.

цифику по сравнению с осуществлением субъективных прав, закрепленных в отраслевом законодательстве. Особенности правового механизма реализации субъективных конституционных прав и свобод обусловлены их специфическими социальными чертами и юридической природой. Главная особенность заключается в «двуаспектности» действия конституционных норм, закрепляющих основные права и свободы граждан. Это непосредственность, или их прямое действие, и опосредованность, поскольку данные права и свободы конкретизируются и детализируются в текущем законодательстве.

Поэтому уместно говорить о наличии собственного правореализационного механизма у каждого из отраслевых правомочий, составляющих содержание объединяющего их конституционного права или свободы⁹³². Мы согласны с высказанной точкой зрения и считаем, что каждое конституционное право обладает собственным механизмом реализации. Это и обуславливает важность закрепления в законодательных актах четкого механизма реализации каждого права.

Таким образом, реализация права представляет собой сложный процесс, в котором участвуют не только стороны, носители субъективных прав и обязанностей, но и государство. Реализация права включает в себя, во-первых, юридические механизмы реализации права и, во-вторых, формы непосредственной реализации права, когда фактические отношения обретают юридическую форму.

Из этого вытекает, что для реализации права характерны следующие свойства: во-первых, заинтересованность в реализации права принадлежит субъекту права, так как решение вопроса о том, будет право реализовано или нет, зависит от его обладателя; во-вторых, важной частью реализации права выступают механизмы защиты субъективного права, т.е. механизмы юридической ответственности, в-третьих, реализация права осуществляется в строго установленных рамках.

Из содержания реализации права вытекают его непосредственные формы, к которым относятся: использование субъективного права, исполнение обязанностей и соблюдение запретов.

Использование субъективного права подразумевает, что посредством данной формы реализуются управомочивающие нормы, в диспозициях которых предусмотрены субъективные права. Исполнение обязанностей представляет собой реализация обязывающих норм, предусматривающих позитивные обязанности, для чего требуется активное поведение индивида. Соблюдение запретов обеспечивает реализацию запрещающих и охранительных норм.

Таким образом, реализация права определяет направления, в рамках которых формируется реализация прав и свобод человека и гражданина

⁹³² Черных А.Е. Конституционное право граждан на охрану здоровья и проблемы его реализации в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 13–14.

Однако реализация прав и свобод человека зависит от многих факторов. Недостаточно закрепить в правовых нормах, те или иные положения о правах человека, указать гарантии их использования и механизмы защиты. Если в обществе отсутствует понимание того, как закрепленные права могут быть использованы, то и речи не может быть о реализации прав и свобод. Поэтому важное значение для реализации прав и свобод имеют сформированное в обществе правосознание, уровень правовой культуры и правового воспитания.

Как отмечает Д.Н. Михеев, реализация потенциала права как активного социального регулятора зависит в значительной степени от состояния правосознания в обществе, а также от уровня правовой культуры в нем, в том числе от должного понимания ценности права и, как результат, — от востребованности права этим обществом. Признание права в качестве одной из высочайших ценностей, легитимация такого положения, при котором право, независимо от каких-либо обстоятельств подлежит обязательному применению, снижение уровня правового нигилизма в обществе фактически являются определяющими факторами, обеспечивающими в значительной мере эффективность реализации правовых норм⁹³³.

В свою очередь Э.С. Насурдинов указывает, что в условиях формирования правового государства в Республике Таджикистан правовое воспитание как средство формирования правового сознания и повышения правовой культуры приобретает особую актуальность. Его значимость повышается в силу общественных перемен, смены ориентиров общественного развития, формирования правовой культуры в рамках нового правопонимания, реализации социальной ценности человека и его неотъемлемых прав и свобод, привития гражданам правовых ценностей, убеждений, мотивов и установок в целях материализации верховенства права и правового закона, стимулирования правовой активности людей и их организаций, создания необходимого правового поля для свободного функционирования гражданского общества. Правовое воспитание служит фактором формирования правовой культуры, распространения среди населения ее материальных и духовных ценностей, сохранения преемственности в правовом развитии⁹³⁴.

Необходимость значительного усиления внимания общества в современных условиях к проблемам воспитания гражданственности, уважения к праву и правового просвещения граждан, формирования правового сознания обусловлена происходящими в стране в последнее время изменениями как в устройстве политической системы, связанными с усилением процессов демократизации,

⁹³³ Михеев Д.Н. Правовой нигилизм, как социально-правовое явление. Молодой ученый. 2014. № 1.

⁹³⁴ См: Насурдинов Э.С. Правовая культура. М., 2014.

так и с трансформацией общественного сознания в сторону большего понимания своей роли и влияния на эти изменения⁹³⁵.

Таким образом, из проведенных точек зрения можно сделать вывод, что важная роль при формировании правосознания у населения отводится государству в лице его государственных органов, которые должны осуществлять мероприятия, направленные на устранение правового нигилизма путем правового воспитания и просвещения.

Одним из таких направлений деятельности органов государственной власти является признание международных стандартов в области прав человека в качестве основы для формирования национального законодательства. Данная деятельность образует основу для формирования государственной политики в области прав человека. Так, Республика Таджикистан ратифицировала семь из девяти международных документов в области прав человека принятые в рамках ООН, в числе которых оба международных пакта, а также конвенции против пыток, расовой дискриминации и дискриминации в отношении женщин, прав ребенка и трудовых мигрантов. Ратификация данных документов на первом этапе создало определенные трудности, так как законодательство Республики Таджикистан не соответствовало закрепленным в них стандартам. Однако, в течение последующих десяти лет был проделан огромный пласт работы в этом направлении, и законодательство страны было приведено в соответствие с требованиями данных международных документов.

Так, в частности в Таджикистане введен бессрочный мораторий на вынесение и исполнение смертной казни, в УК РТ включена отдельная статья, предусматривающая ответственность за применение пыток, полномочия по санкционированию ареста и совершение других процессуальных действий переданы суду и т.д. Тем самым государство создало стройную систему законодательства в области прав человека. Как отмечает Г.К. Исакова, государственная политика в области прав и свобод человека должна опираться на прочный фундамент законов. Принимаемые государством законы должны быть непротиворечивыми, не иметь пробелов и предусматривать механизм их реализации⁹³⁶.

В этом направлении в Республике Таджикистан приняты специфические законы, направленные на регулирование отношений в области прав человека, в частности Законы РТ «О борьбе против торговли людьми», «О приостановлении применения смертной казни», «О государственных гарантиях равноправия мужчин и женщин и равных возможностей их реализации», «Об упорядочении традиций, торжеств и обрядов в Республике Таджикистан», «Об уполномочен-

⁹³⁵ Волков Н.А. Рост правового нигилизма в правосознании и нарушения прав человека: причинно-следственные связи // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2010.

⁹³⁶ Исакова Г.К. Политология прав человека. Учебное пособие. Семипалатинск, 2006.

ном по правам человека в Республике Таджикистан», «О свободе совести и религиозных объединениях» и т.д.

Однако, как мы отмечали выше, с принятием одних законов решить вопросы, связанные с нарушением прав и свобод человека, невозможно. Защита прав человека предусматривает принятие комплексных мер со стороны государства – политических, экономических и воспитательно-просветительских. Одной из причин нарушений прав и свобод человека является низкий уровень правовых знаний населения и, как результате, правовой нигилизм, существующий в обществе.

Для решения этой проблемы в Республике Таджикистан также приняты ряд мер на государственном уровне. Постановлением Правительства Республики Таджикистан от 12 июня 2001 года была утверждена «Программа Государственная система образования в области прав человека в Республике Таджикистан». Программа определила широкий круг целей, направленных на обеспечение различных форм обучения правам человека практически всех слоев населения. В рамках данной программы в школьную программу в качестве самостоятельного учебного предмета в 10-11 классах включен предмет «Права человека». В высших учебных заведениях также преподается данный предмет. Помимо этого, на юридических факультетах создаются специализированные подразделения (кафедры и отделения) направление на подготовку специалистов в области прав человека⁹³⁷. В 2013 году Постановлением Правительства Республики Таджикистан была принята вторая Программа образования в области прав человека на 2013-2020 гг. Данная программа направлена на поэтапное расширение и совершенствование системы информирования, просвещения и обучения в области прав человека, переход на качественно новый уровень подготовки кадров в соответствии с требованиями национального законодательства и международных стандартов. Действие данной программы распространяется на преподавание (изучение) прав человека в системе образования, на курсы подготовки и переподготовки учителей, судей, гражданских государственных служащих, сотрудников правоохранительных органов и военнослужащих на всех уровнях. Основными целями реализации Программы являются содействие повышению культуры прав человека, соблюдению прав и свобод человека и гражданина, взаимодействию государственных органов по защите прав и свобод человека и гражданина, расширению сферы внедрения ценностей и стандартов прав человека с учетом осуществленных шагов, в систему среднего, специального и

⁹³⁷ Одной из первых была создана кафедра прав человека и сравнительного правоведения на юридическом факультете Таджикского национального университета. Специалистами кафедры за 10 лет подготовлено и опубликовано более 40 учебников, учебных пособий и монографий по актуальным вопросам прав человека в Таджикистане.

высшего образования, в программы подготовки судей и системы государственной службы и ряд других.

Из приведенных выше примеров можно заключить, что в Республике Таджикистан государственные органы осознают важность решения проблемы правового нигилизма и повышения уровня правосознания населения. Без решения данных вопросов сложно говорить о строительстве правового государства. При этом для формирования правосознания недостаточно лишь осуществления правового воспитания членов общества и совершенствования действующего законодательства – необходимо нивелировать все факторы, способствующие правовому нигилизму, а также осуществлять борьбу с другими разновидностями общесоциального нигилизма.

С.В. Нарутто

Влияние конституционной юстиции на правопонимание

Предъявляемые к законодательству требования о четкости и однозначности, отсутствии двусмысленностей и пробелов направлены на правовую защищенность человека, его уверенность в безопасности, а также гармоничную деятельность органов власти и ограничение их произвола. К сожалению, проблема правовой определенности законодательства существует всегда, и в условиях нестабильности законов, зачастую их концептуальной непродуманности, неыверенности с наукой, приводящих к отсутствию ясного смысла правовых норм и адекватного механизма их реализации, понимание законов правоприменителями становится неединообразным и неконституционным. Как верно отмечал академик О.Е. Кутафин, «практика перекраивания и извращения на любом уровне законов ... порождает бюрократизм, безответственность, а порой и коррупцию, существенно тормозит общественно полезные начинания»⁹³⁸.

Правовая определенность законодательства непосредственно связана с правовым государством, конституционным принципом верховенства права. По мнению Европейского Суда по правам человека, одним из основополагающих аспектов верховенства права является принцип правовой определенности⁹³⁹. Закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и позволяли лицу предвидеть, прибегая в случае необходи-

⁹³⁸ Кутафин О. Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008. С. 151-152.

⁹³⁹ См., напр., Постановление Европейского Суда по правам человека от 28 октября 1999 г. по делу «Брумареску (Brumărescu) против Румынии» (жалоба № 28342/95) // Избранные постановления 1999—2001 гг. и комментарии под ред. Ю. Ю. Берестнева и А. О. Ковтуна. М., 2002.

мости к юридической помощи, с какими последствиями могут быть связаны те или иные его действия⁹⁴⁰. В одном из дел Конституционный Суд РФ указал, что дефекты закона могут приводить в процессе правоприменения к нарушениям конституционных прав и свобод, поэтому может быть признана неконституционной практика применения такого закона⁹⁴¹.

Для законодателя требование определенности правовых норм — это одновременно важная цель и показатель качества, эффективности законотворческой деятельности⁹⁴². Определенность правовой нормы позволяет обеспечить максимально полное и точное соответствие выраженных в акте нормативных предписаний мысли создателя права. Благодаря определенности нормативных актов обеспечиваются устойчивость и стабильность, равновесие и гармония реализуемых на их основе правоотношений, и в этом проявляется социальная ценность права.

Игнорирование принципа правовой определенности влечет лексико-терминологическую неоднозначность законодательства как развитой информационной системы, становится причиной различного решения одинаковых юридических случаев, т.е. вносит разнობой и путаницу, неравенство в социальный порядок. Постоянное наращивание общего количества актов и их бесконечные изменения расширяют диапазон возможностей неоднозначных и несогласованных юридических конструкций. В практике нередко встречаются недостаточно технически проработанные нормативные правовые акты, содержащие неточные и расплывчатые предписания, противоречия и пробелы⁹⁴³. Это связано с неоправданной поспешностью разработки новых актов, пренебрежительным отношением к юридической технике. По статистике около 40% обращений граждан в Конституционный Суд РФ касаются пробелов в нормативно-правовом регулировании по вопросам организации судебной власти, гражданского права и процесса, уголовного права и процесса⁹⁴⁴. Понятно, что на практике эти пробелы в той или иной степени восполняются правоприменителем, естественно, ис-

⁹⁴⁰ См.: Постановления Европейского Суда по правам человека от 26 апреля 1979 г. по делу «Санди Таймс» (Sunday Times) против Соединенного Королевства»; от 28 марта 2000 г. по делу «Барановский (Baranowski) против Польши»; от 31 июля 2000 г. по делу «Йечюс (Jecius) против Литвы»; от 28 октября 2003 г. по делу «Ракевич против России»; от 24 мая 2007 г. по делу «Игнатов против России»; от 24 мая 2007 г. по делу «Владимир Соловьев против России»).

⁹⁴¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. № 3-П.

⁹⁴² См.: Бондарь Н. С. Правовая определенность - универсальный принцип конституционного нормоконтроля (практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 4-10.

⁹⁴³ См. об этом: Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: матер. междунар. науч. конф. / под ред. проф. С.А. Авакьяна. М., 2008.

⁹⁴⁴ Об этом см.: Митюков М. А. Исполнение актов Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов Федерации // Российская юстиция. 2001. № 6.

ходя из его правопонимания, что зачастую влечет принятие судами различных, противоположных решений при рассмотрении однородных дел.

Конечно, идеально совершенного законодательства, адекватно и охватывающего необходимые для регулирования общественные отношения, не существует и существовать не может. Поэтому большое значение придается правоприменительной, в первую очередь судебной практике, взаимодействующей с доктринами и идеями, выработанными наукой. В.В. Лазарев, подчеркивая возрастающую роль судов в понимании права, пишет: «Суд уже не только субъект толкования закона, не только правоприменитель или субъект разрешения конфликтных отношений, он вносит свои инновации, он творец права. Выражаясь более абстрактно, можно обосновывать роль суда не только в качестве гаранта существующей правовой системы, но и в качестве института, властно гармонизирующего эту систему»⁹⁴⁵.

Особое значение для осмысления и понимания права имеет практика Конституционного Суда РФ. Конституционное правосудие традиционно позиционируется как один из существенных элементов правового государства, поскольку оно направлено на обеспечение принципов верховенства и прямого действия Конституции; уважения прав и свобод человека и гражданина; взаимной ответственности государства и личности; разделения властей, соответствия внутригосударственного законодательства общепризнанным принципам и нормам международного права. Конституционное правосудие в России – сравнительно молодой государственный институт. Конституционный Суд РФ с начала своей деятельности стал признавать неконституционными нормы, не отвечающие критерию правовой определенности, включая пробельность⁹⁴⁶, нередко ссылаясь при этом на правовые позиции Европейского Суда по правам человека⁹⁴⁷.

Формальная определенность, ясность, точность и недвусмысленность нормы препятствуют ее произвольному толкованию и применению в угоду чьим-либо интересам и тем самым обеспечивают реализацию принципа формального

⁹⁴⁵ См.: Лазарев В. В. Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10. С.18.

⁹⁴⁶ Так, в Постановлении от 25 апреля 1995 г. № 3-П Конституционный Суд РФ указал, что положение ч. 1 ст. 54 ЖК РФ о праве нанимателя на вселение других граждан в занимаемое им жилое помещение «в установленном порядке» носит бланкетный характер. «Неопределенность его юридического содержания, — по мнению Суда, — не позволяет ответить на вопрос, какой орган и каким актом должен устанавливать этот порядок, и порождает произвольное понимание того, что он означает по своему существу. Отсутствие указания на вид нормативного акта, который должен «устанавливать порядок» вселения в жилое помещение, позволяет законодательным и исполнительным органам государственной власти различных субъектов Российской Федерации устанавливать его по собственному усмотрению, что может привести к нарушению конституционного права граждан на жилище и произвольному лишению их жилища».

⁹⁴⁷ См., напр., Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П.

равенства (применения равной меры ко всем субъектам права), а также являются необходимой гарантией обеспечения эффективной защиты от произвольных преследования, осуждения и наказания⁹⁴⁸. И наоборот, неясная норма не дает полного представления о правах и обязанностях граждан, полномочиях органов власти, приводит к спорам и ошибкам, административному произволу. Особо важна четкость формулировки для норм, регулирующих вопросы ответственности граждан. Конституционный Суд РФ неоднократно оценивал как неконституционную ситуацию с неточностью, неясностью и неопределенностью закона, отмечая, что они «порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольного применения его норм — в противоречие конституционным принципам, из которых вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования; в противном случае может иметь место противоречивая правоприменительная практика, что ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан»⁹⁴⁹.

Необходимо отметить, что практика Конституционного Суда РФ довольно часто демонстрирует широкое и демократичное правопонимание, например, в отношении рассмотрения по обращениям граждан не только законов, но и подзаконных актов федерального уровня, заменяющих, по существу, законодательные нормы. Это касается подзаконных нормативных правовых актов государственных органов советского периода⁹⁵⁰, нормативных актов Правительства РФ в случае если федеральный закон напрямую обязывает Правительство РФ урегулировать своим актом тот или иной вопрос, не получивший содержательной регламентации в данном законе⁹⁵¹, постановления Государственной Думы об амнистии⁹⁵². Однако в отношении проверки по жалобам граждан конституционности актов Правительства Конституционный Суд признал их допустимость только при условии, что правовое регулирование Правительства непосредственно обусловлено предписаниями закона. Трудно понять логику Конституционного Суда, не распространившему допустимость жалобы и на такие акты Правительства, затрагивающие конституционные права граждан, которые конкретизируют довольно общую норму закона, из которой невозможно понять мог ли вообще исполнительный орган на уровне подзаконного акта регулировать те или иные отношения. Нередко в федеральных законах можно встретить фразу о том, что

⁹⁴⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П.

⁹⁴⁹ См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 27 мая 2003 г. № 9-П, от 27 мая 2008 г. № 8-П.

⁹⁵⁰ См., напр., Определение Конституционного Суда РФ от 2 марта 2006 г. № 16-0.

⁹⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 января 2004 г. № 1-П.

⁹⁵² Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. № 11-П.

по данному предмету регулирования действует не только соответствующий закон, но и «издаваемые в соответствии с ним иные нормативные правовые акты Российской Федерации»⁹⁵³. Следовательно, законодатель не исключает делегированного регулирования отношений в данной сфере, причем не только на уровне Правительства РФ, но и на уровне иных федеральных органов исполнительной власти вне зависимости от того, будет ли в этом случае регулирование осуществлено самим Правительством или будет отдано на усмотрение других органов, т.н. «переделеги́рование». Таким образом, приходится констатировать недостаточность политической воли Конституционного Суда для дальнейшей демократизации института конституционной жалобы. Вполне логично предоставить право гражданам обжаловать в Конституционный Суд указы Президента РФ, издаваемые «по вопросам, требующим законодательного решения», «впредь до принятия соответствующего закона», т.е. по существу *вместо* федерального закона, затрагивающего основные права и свободы человека и гражданина.

В российском конституционном судопроизводстве, как и в ряде зарубежных стран (например, в Австрии, Германии, Испании, Швейцарии) сложилась демократичная практика рассмотрения жалоб не только граждан Российской Федерации, но и иностранных граждан, лиц без гражданства, а также объединений граждан, как некоммерческих, так и коммерческих, обладающих статусом юридического лица и не обладающих данным статусом. В 2002 году Конституционный Суд РФ, фактически пересмотрев свою прежнюю позицию, признал право муниципальных образований, понимаемых им как «территориальных объединений граждан» в лице органов местного самоуправления или непосредственно населения обращаться с жалобой в Конституционный Суд⁹⁵⁴.

В конституционном судопроизводстве разрешаются дела, требующие глубоких знаний научной доктрины, связанной с правопониманием, толкованием. И особые мнения судей Конституционного Суда РФ зачастую демонстрируют их нестандартное мышление, творческий подход к пониманию правовых проблем. Особое мнение «нередко является глубоким социально-правовым исследованием судьи КС РФ, излагается в доступной форме, с использованием ярких речевых оборотов, и является весьма интересным для любителей правовой эстетики»⁹⁵⁵. Более того, иногда изложенные в них

⁹⁵³ Например, в ст. 13 Федерального закона «О беженцах», посвященной выдворению (депортации) лица, утратившего временное убежище, данное лицо «депортируется за пределы территории России в соответствии с настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и нормативными правовыми актами Российской Федерации, и международными договорами Российской Федерации».

⁹⁵⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 2 апреля 2002 г. № 7-П.

⁹⁵⁵ <http://pravo124.ru/2016/04/11/%>

аргументы выглядят более убедительными по сравнению с доводами Конституционного Суда. Как сказал адвокат А.В. Иванов, «нет ничего интересней в постановлениях Конституционного Суда РФ, как особые мнения судей КС РФ»⁹⁵⁶.

Так, в 2004 году, когда из избирательного закона была исключена возможность проголосовать «против всех» при рассмотрении этого вопроса Конституционным Судом судья А.Л. Кононов в особом мнении указал, что в «позиции КС подспудно звучит возникшая при обсуждении решения оценка голосования «против всех» как деструктивного отрицания, анархистского протеста и т.п. порицаемого поведения избирателей. Кроме сомнительности подобных утверждений с политической или моральной точек зрения, они представляются совершенно недопустимыми в сфере права, поскольку абсолютно противоречат конституционно закрепленной свободе волеизъявления выбора и выражения собственного мнения, которые неразрывно связаны с избирательным правом. Государство и законодатель не должны контролировать, а тем более оценивать или осуждать мотивы, которыми руководствуется субъект, осуществляя свое право выбора»⁹⁵⁷. В 2015 году графа «против всех» в избирательных бюллетенях возвратилась в закон, но только в отношении муниципальных выборов. По мнению законодателей, возвращение графы позволяет адекватно реагировать на протестные настроения в стране, а также дает возможность оценить отношение избирателей к какой-либо партии или кандидату. Это действительно так, и касается все уровней выборов.

Нередко особые мнения с ярким нестандартным подходом к пониманию права высказывает судья Конституционного Суда РФ К.В. Арановский. Например, он не согласился с решением Суда в части вывода о неконституционности ст. 159.4 УК РФ «Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности», приводя аргументы против усиления уголовной ответственности за «предпринимательское» мошенничество⁹⁵⁸. Судья А.Н. Кокотов в особом мнении изложил яркие убедительные доводы в отношении неконституционности установления законом субъекта РФ для конкретных муниципальных образований единственного и безальтернативного варианта избрания главы муниципального образования и его места в структуре органов местного самоуправления, ограничивающего конституционное право населения самостоятельно определять структуру органов местного самоуправления⁹⁵⁹.

В конституционном судопроизводстве участвуют юристы высоко уровня профессионализма, и каждый из них по-своему понимает правовую

⁹⁵⁶ <https://pravorub.ru/articles/66875.html>

⁹⁵⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 29 ноября 2004 г. № 17-П.

⁹⁵⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П.

⁹⁵⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 1 декабря 2015 г. № 30-П.

действительность. Как отметил в своем особом мнении по этому же делу о полномочиях регионов в установлении модели формирования органов местного самоуправления судья Н.С. Бондарь, «решение Конституционного Суда Российской Федерации всегда является определенным компромиссом по итогам обсуждения, сопоставления несовпадающих позиций, включая равную со всеми другими позицию судьи-докладчика».

В конституционном судопроизводстве особое значение имеет толкование норм с целью уяснения воли конституционного законодателя, выявления подлинного (истинного) смысла интерпретируемых нормативных суждений. Эта интеллектуальная работа, осуществляемая судьями, другими правоприменителями, направлена на познание замысла идей, предложений законодателя, выраженных в текстуальной форме⁹⁶⁰. Необходимость толкования законодательного материала обусловлена потребностями точного понимания содержания их норм, выявления их истинного смысла с целью правильного соотнесения с ним реальной юридической практики, а также оценки степени корреляции с положениями Конституции. Эффективность реализации положений Конституции РФ и законов зависит от правильного уяснения их смысла и содержания. Ошибочная интерпретация текста закона может привести к негативным последствиям: конфликтам между органами власти, нарушениям прав человека, невыполнению обязательств и др.

Выявление смысла норм направлено на поиск истины. В конституционном судопроизводстве познаются, как правило, не факты, а правовая материя, исследуется подлинное, действительное ее содержание и достижением истины является подтверждение или опровержение конституционности оспариваемого акта. При этом отвергаются мнимые, иллюзорные представления о содержании оспариваемой нормы⁹⁶¹. Этот процесс, безусловно, труден и в определенной мере субъективен. И вывод может оказаться фикцией. Иначе как объяснить изменение позиции Конституционного Суда, изменение с точностью до наоборот законодательства, которое ранее им признавалось конституционным?

По мнению судьи Конституционного Суда РФ Г.А. Жилина, конечная цель судебного процесса, непосредственно вытекающая из требований Конституции РФ, не поиск истины, а защита прав и свобод⁹⁶². Однако истинно то, что соответствует Конституции РФ и отвечает представлениям о справедливости. Разве может быть истинной правовая норма, не защищающая, а нарушающая права человека права и потому противоречащая Конституции РФ?! Поиск истины

⁹⁶⁰ См.: Колесников Е. В., Степанова Ю. В. Толкование конституционных норм Конституционным Судом России: некоторые вопросы теории // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 4. С. 14-19.

⁹⁶¹ См.: Нарутто С. В., Несмеянова С. Э., Шугрина Е. С. Конституционный судебный процесс: Учебник для магистров. М.: Норма, 2014. С.147.

⁹⁶² См.: Жилин Г. А. О проблемах современного гражданского процесса // Закон. 2007. № 11. С.5.

направлен на устранение неопределенности в понимании содержания правовой нормы, ее смысла с точки зрения соответствия Конституции РФ, провозглашенным в ее преамбуле целям, а также закрепленным в 1 главе основам конституционного строя. Т.Г. Морщакова, критикуя методику понимания советского права с ориентиром прежде всего на буквальное толкование норм, обращает внимание на важность учета целей закона, а также общих принципов права и надзаконных ценностей⁹⁶³, очевидно, имея ввиду идеалы естественного права и общепризнанные принципы международного права.

Еще более проблематичен в условиях многообразия правопонимания вопрос об истинности норм самой Конституции. При разрешении дел о толковании Конституции РФ цель познания заключается в уяснении истинного смысла ее норм, который вкладывался при ее принятии, как пишут ученые, в «разъяснении и уяснении воли конституционного законодателя, выявлении подлинного (истинного) смысла интерпретируемых нормативных суждений»⁹⁶⁴, а также раскрытии неочевидного, скрытого смысла ее содержания, что позволяет приспособлять Конституцию к изменяющимся условиям и новым политическим и социально-экономическим реалиям без изменения конституционного текста⁹⁶⁵. Представляется, что истинный смысл норм Конституции РФ такой, который отвечает критериям справедливости, целесообразности, полезности, прогрессивности.

С проблемой правопонимания Конституционный Суд РФ сталкивается при конкуренции норм, причина которой кроется не только в качестве законов. Какими критериями руководствуется Суд, отдавая предпочтение той или иной норме? Так, Конституционный Судом неоднократно занимался поиском компромисса при коллизии между правом на свободные выборы, с одной стороны, и свободой слова и выражения мнений, с другой⁹⁶⁶.

В деле «об амнистии», выявив конкуренцию конституционных ценностей, Суд указал законодателю на необходимость взвешивать конкурирующие конституционные ценности и, исходя из обеспечения их баланса, не допускать, чтобы права других лиц и являющиеся необходимым условием их реализации законность, правопорядок и общественная безопасность были поставлены под угрозу нарушения⁹⁶⁷.

⁹⁶³ См.: Морщакова Т. Г. Верховенство права и конституционные основы единообразия судебного правоприменения // Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. М.: Статут, 2009. С.298.

⁹⁶⁴ Колесников Е. В., Степанова Ю. В. Толкование конституционных норм Конституционным Судом России: некоторые вопросы теории // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 4. С.14-19.

⁹⁶⁵ См.: Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М., 1998. С.311.

⁹⁶⁶ См., напр., постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 2006 г. № 7-П, от 14 ноября 2005 г. № 10-П.

⁹⁶⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2003 г. № 157-О.

В следующем деле Конституционный Суд столкнулся с конкуренцией права на охрану здоровья граждан, с одной стороны, и правом на проживание совместно с семьей и свободой передвижения, - с другой. Заявитель – гражданин Украины, инфицированный вызываемое ВИЧ-инфекцией, обжаловал возможность его депортации из России. В решении по данному делу Суд указал, что федеральный «... законодатель, исходя из конституционно значимых целей и с учетом конституционно защищаемых ценностей, основой которых является право на охрану государством здоровья граждан, может ограничить федеральным законом право на временное проживание в Российской Федерации иностранных граждан (а значит, и гражданина Украины Х.), инфицированных ВИЧ-инфекцией. ... при наличии коллизии между равно защищаемыми конституционно значимыми ценностями правоохранительные органы и суды при решении вопроса о временном проживании лица, имеющего заболевание, вызванное вирусом иммунодефицита человека, на территории Российской Федерации вправе учитывать фактические обстоятельства конкретного дела, исходя из гуманитарных соображений⁹⁶⁸.

Еще одно дело иллюстрирует конкуренцию в рамках права на жизнь и личную неприкосновенность. В Конституционный Суд была направлена жалоба на положение Федерального закона «О борьбе с терроризмом», согласно которому «при ведении переговоров с террористами в качестве условия прекращения ими террористической акции не должны рассматриваться вопросы о выдаче террористам каких бы то ни было лиц, передаче им оружия и иных средств и предметов, применение которых может создать угрозу жизни и здоровью людей, а также вопрос о выполнении политических требований террористов. Заявители полагали, что статья закона препятствует сохранению жизни заложников. Однако Конституционный Суд принял во внимание и то, что право на жизнь и личную неприкосновенность имеют и другие люди, не являющиеся заложниками, указав, что «положение п. 2 ст. 14 Федерального закона «О борьбе с терроризмом» направлено на предотвращение террористической угрозы, а соответственно, на обеспечение безопасности личности и сохранение жизни людей, т.е. согласуется с конституционно значимыми целями и не может расцениваться как нарушающее конституционные права заявителей. Баланс конституционных ценностей при принятии решения о переговорах не может быть выявлен лишь правовыми средствами⁹⁶⁹.

Конституционный Суд, сталкиваясь с проблемой конкуренции основных прав сторон правоотношений, указывает на необходимость достижения конституционного баланса их интересов. В своей деятельности Конституционный Суд ориентируется на разумное равновесие основных прав человека и иных консти-

⁹⁶⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 12 мая 2006 г. № 155-О.

⁹⁶⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 г. № 137-О-О.

туционных ценностей. Следует отметить, что поиск оптимального баланса между равно защищаемыми основными правами и иными конституционно значимыми ценностями не всегда прост и однозначен, и аргументация судебного решения воспринимается убедительно и единодушно.

О влиянии правопонимания на судебную практику свидетельствуют примеры конкуренции правовых позиций Конституционного Суда РФ. Так, Конституционный Суд РФ сначала отказывал в принятии жалоб на неконституционность запрета на приватизацию жилых помещений в коммунальных квартирах, объясняя отказ тем, что не был, в частности, законодательно решен вопрос о правовом статусе мест общего пользования в приватизированных квартирах. И устранение из законодательства нормы Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» привело бы к возникновению пробелов в законодательном регулировании, которые могли бы повлечь еще большие ограничения и нарушения прав граждан в процессе приватизации⁹⁷⁰. Через 3 года Конституционный Суд признал норму Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» в части, ограничивающей приватизацию жилых помещений в коммунальных квартирах государственного и муниципального жилищного фонда социального использования, не соответствующей Конституции РФ, мотивируя свой вывод тем, что в настоящее время состояние экономики, недостаток финансовых средств на социальные нужды не дают оснований рассчитывать на ликвидацию в обозримом будущем коммунальных квартир как вида жилищного фонда социального использования⁹⁷¹.

Конституционный Суд РФ изменил свою позицию в отношении размера неустойки, взыскиваемой за просрочку возврата займов. Ранее поддерживаемый им принцип защиты должника от злоупотребления со стороны кредиторов Суд заменил на защиту кредитора, указав, что суды не вправе снижать неустойку за просрочку по своему усмотрению. Это возможно лишь при наличии такого волеизъявления со стороны ответчика и предоставлении им доказательств несоответствия размера неустойки. В обоснование этой позиции Конституционный Суд сослался на аналогичный подход Верховного Суда РФ, которому он следовал с 2012 года⁹⁷².

В другом примере Конституционный Суд сначала признал недопустимыми неденежные формы расчетов с поставщиками в целях применения вычетов по акцизам, а потом указал на возможность иных, помимо денежных, форм расчетов в целях применения вычетов по налогу на добавленную стоимость⁹⁷³.

⁹⁷⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 5 июня 1995 г. № 32-О.

⁹⁷¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 3 ноября 1998 г. № 25-П.

⁹⁷² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2015 г. № 6-О.

⁹⁷³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2001 г. № 3-П; Определение от 7 июня 2011 г. № 805-О-О.

Представляется, что изменение позиции Конституционного Суда связано с переоценкой им изменившихся условий реальной жизни. Конечно, желательно, чтобы Суд следовал ранее принятым решениям и как в свое время отмечал Н.М. Коркунов, «нужны весьма серьезные и веские основания, чтобы склонить суд к изменению установившейся в нем практики»⁹⁷⁴.

Отход от ранее принятых правовых позиций существует в законодательстве и практике конституционных судов зарубежных стран. Так, он предусмотрен в § 16 Закона о Федеральном конституционном суде Германии и в § 48 его Регламента⁹⁷⁵.

Европейский Суд по правам человека по вопросу следования ранее принятым позициям, указал, что будет исходить из ранее принятых решений по «неоспоримым соображениям», например, «для обеспечения того, чтобы толкование Конвенции отражало общественные изменения и продолжало соответствовать требованиям сегодняшнего дня»⁹⁷⁶. Таким образом, непременным условием следования ранее принятым решениям являются только «неоспоримые соображения», которые могут толковаться весьма произвольно по усмотрению ЕСПЧ. В решениях ЕСПЧ также отмечалось, что, хотя Европейский Суд и не связан формально своими предыдущими решениями, в интересах правовой определенности, прогнозируемости и равенства всех перед законом он не должен без разумных и убедительных оснований отступать от ранее вынесенных прецедентов⁹⁷⁷. На практике ЕСПЧ нередко пересматривает ранее сформулированные правовые позиции и создает новые, если для этого есть убедительные основания (например, чтобы толкование Конвенции отражало изменения в обществе и соответствовало реалиям сегодняшнего дня)⁹⁷⁸.

Проблемы правопонимания наглядно проявляются в коллизиях правовых позиций Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда РФ. Как правило, позиции этих судов совпадают. Конституционный Суд РФ отметил, что как и Конвенция о защите прав человека и основных свобод, решения ЕСПЧ - в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвен-

⁹⁷⁴ См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1907. С. 298.

⁹⁷⁵ См. об этом: Кажлаев С. А. Судебное усмотрение в деятельности Конституционного Суда РФ. М.: НОРМА, 2003. С. 59.

⁹⁷⁶ Вильдхабер Л. Роль и значение прецедента в деятельности ЕСПЧ // Право и политика. 2001. № 8. С. 102.

⁹⁷⁷ См., напр., постановления Европейского Суда по правам человека от 27 сентября 1990 г. по делу «Косей против Соединенного Королевства» [Cossey v. the United Kingdom], § 35; от 18 января 2001 г. по делу «Чепмен против Соединенного Королевства» [Chapman v. the United Kingdom], § 70.

⁹⁷⁸ См. об этом: Аверьянов К. Ю. Правовые позиции Европейского Суда по правам человека: проблема определения сущностных характеристик // Вестник Международного института экономики и права. 2011. № 2(3).

ции прав и свобод, являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права⁹⁷⁹. Конституционный Суд РФ также тесно сотрудничает с органами конституционного контроля зарубежных стран, позиции которых обогащают отечественное правопонимание. Как отметил Председатель Конституционного Суда РФ, «всеобъемлющий учет международного опыта предохраняет от губительной изоляции, позволяет принимать решения ... в контексте всего общеевропейского конституционного контроля»⁹⁸⁰.

Вместе с тем, начиная с дела К. Маркина, рассмотренного в Конституционном Суде РФ и Европейском Суде⁹⁸¹, стали проявляться коллизии правопонимания при толковании положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод в отношении права мужчин-военнослужащих на отпуск по уходу за ребенком до достижения им трех лет. Коллизии судебных позиций проявились и в делах о «гей-пропаганда»⁹⁸², о возможности осужденных участвовать в выборах⁹⁸³. Конституционный Суд РФ, определяя место, которое занимают решения ЕСПЧ в российском механизме правового регулирования указал, что Европейский Суд является субсидиарным по своему характеру межгосударственным судебным органом по разрешению конкретных дел и к его компетенции не относится осуществление нормоконтроля, т.е. проверка внутригосударственного законодательства на предмет его соответствия Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Решения этих органов не имеют ни инстанционной, ни содержательной взаимозависимости. В случае же возможных расхождений в позициях Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека необходимо обращение к соответствующим процессуальным механизмам преодоления такого рода коллизий. В случае если в постановлении ЕСПЧ неправомерно - с конституционно-правовой точки зрения - затрагиваются принципы и нормы Конституции Российской Федерации, Россия может в порядке исключения отступить от выполнения возлагаемых на нее обязательств, когда такое отступление является единственно возможным способом из-

⁹⁷⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П.

⁹⁸⁰ Интернет-интервью с В. Д. Зорькиным, Председателем Конституционного Суда РФ: «Предварительные итоги деятельности Конституционного Суда РФ на пороге 15-летия» <http://www.consultant.ru/law/interview/zorkin.html>

⁹⁸¹ Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 г. № 187-О-О; Постановление Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2012 г. по делу «Константин Маркин (Konstantin Markin) против Российской Федерации».

⁹⁸² Постановление Европейского Суда по правам человека от 21 октября 2010 г. по делу «Алексеев (Alekseyev) против Российской Федерации»; Постановление Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2014 г. № 24-П.

⁹⁸³ Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2004 г. № 177-О; Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Гладков (Anchugov and Gladkov) против Российской Федерации».

бежать нарушения основополагающих принципов и норм Конституции РФ⁹⁸⁴. Европейскому Суду недопустимо навязывать государству те правила человеческого общежития, которые разрушают конституционные ценности, представления членов общества этого государства о социальной, общественной справедливости. Конституция представляет собой не только юридический документ, но в то же время политический и мировоззренческий акт. Конституция имеет определенную идейную значимость, выступая средством духовного воздействия, обеспечения ценностных духовно-мировоззренческих ориентиров. В ней отражаются господствующее в данном обществе правовое мировоззрение, достигнутый уровень правосознания и правовой культуры, воплощаются духовно-нравственные ориентиры и установки, с учетом которых государство, обладая суверенной свободой усмотрения, закрепляет сложившиеся и устоявшиеся в обществе представления. Европейский Суду необходимо учитывать социокультурный, этический контекст в конкретных странах, который важен при анализе содержания оспариваемых прав, а также соблюдать баланс при оценке национальных конституционных традиций и собственной судебной доктрины, демонстрирующей уважение особенностей конституционно-правового опыта государств. Представления о справедливости, существующие в том или ином обществе, несмотря на процессы глобализации, могут существенно различаться, не сводятся к полностью совпадающим универсалиям. Это в особенности касается представлений о семье, браке, о гендерных отличиях, религиозных предпочтениях, о воспитании детей (именно по данным категориям дел возникает больше всего противоречий). Отсюда и те проблемы, которые обнаруживаются при попытках ЕСПЧ распространить фактическую юрисдикцию своих интерпретаций Конвенции на страны и регионы, в которых массовые традиционные моральные предпочтения далеки от предлагаемых ЕСПЧ толкований Конвенции⁹⁸⁵.

Таким образом, современное правопонимание в конституционной юстиции многогранно, отражает философские, нравственные, идеологические аспекты различных научных школ, интересы разных социальных сил, и в большей мере демонстрирует стремление к интегративному правопониманию⁹⁸⁶, учитывающему прогрессивное направление правовой мысли.

⁹⁸⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П.

⁹⁸⁵ Зорькин В. Д. Россия и Страсбург. Проблемы реализации Конвенции о правах человека. URL: <http://www.rg.ru/2015/10/21/zorkin.html>

⁹⁸⁶ См. об этом: Иванец Г. И., Червонюк В. И. Право как нормативное выражение согласованных интересов (социогуманитарная концепция права). М., 2005; Лапаева В. В. Социология права. М., 2004; Марченко М. Н. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Проблемы теории права и государства, истории политико-правовой мысли. Алматы, 2005. Немытина М.В. Проблемы современного правопонимания // Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Саратов: СЮИ МВД России, 2007.

Социологическое правовонимание как основа изучения судебного прецедента

В системе формальных источников права важное место занимает судебный прецедент, под которым понимается судебное решение, содержащее новые нормы права и являющееся обязательным для судов равной и более низкой инстанции при рассмотрении аналогичных дел.

Традиционно судебный прецедент рассматривается как почти исключительная принадлежность англо-американской правовой семьи. В странах романо-германской правовой семьи судебный прецедент официально не считается источником права. Однако в условиях развития права Европейского Союза и связанной с этим унификации правового регулирования элементы прецедентного правосудия начинают проникать и в эти страны. Значительную роль в данном процессе играет деятельность Европейского Суда по правам человека.

В Республике Армения судебная реформа и принятие Судебного кодекса в 2008г. привели к официальному закреплению института судебного прецедента. Суть судебного прецедента заключается в единообразном решении судебных споров по делам со сходными фактическими обстоятельствами, а в качестве источников прецедентного права в Армении рассматриваются решения Европейского суда по правам человека и Кассационного суда Армении.

Так как Кассационный суд Республики Армения рассматривает, в основном, гражданские и хозяйственные дела, то и прецедентное правосудие формируется, преимущественно, в гражданско-правовой сфере.

Таким образом, Армения пошла дальше России в отношении признания института судебного прецедента. Но исторически правовая система Армении развивалась именно под влиянием российского права. Такая взаимосвязь позволяет предположить, что процесс формирования прецедентного правосудия в России уже активно идет и в перспективе он будет оформлен официально.

Понимание роли судебного прецедента зависит от конкретного типа правовопонимания.

Как справедливо заметил М.Н. Марченко, «от того, на каких методологических позициях находится исследователь, придерживается ли он, скажем, позитивистских воззрений или же разрешает проблемы правовопонимания с позиций естественного права, в полной мере зависят и его представления о формах и источниках права»⁹⁸⁷. Сходное мнение высказывает Е.В.

⁹⁸⁷ Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С.29.

Черкасова, которая отмечает, что «именно правопонимание обуславливает признание в правовых системах судебной практики источником (формой) права»⁹⁸⁸.

В рамках нормативизма судебный прецедент не представляет существенного интереса, так как право рассматривается в качестве исходящей от государства системы норм.

Позитивизм всегда связан с ограничением судебного правотворчества. В России и некоторых других странах, где господствует позитивизм, судебный прецедент вообще не признается в качестве источника права. В странах «общего права» господство позитивизма привело к ограничению судебного правотворчества, к формулированию правила прецедента, при котором суд оказывается связанным своими собственными решениями.

Более перспективной для исследования и практического применения судебного прецедента представляется социологическая юриспруденция.

Сторонники социологического типа правопонимания рассматривают право как правоотношение, как ту норму, которая действует, а не просто официально существует.

Норма, которая содержится в судебном прецеденте, действует в конкретных правоотношениях. Эту норму не назовешь формальной, она родилась из потребностей практики.

Судебный прецедент представляет собой одновременно акт правотворчества и акт правоприменения. Он способствует созданию такой нормы, которая сразу же применяется.

Если правопонимание выходит за рамки нормативного подхода, за рамки догмы, становится понятно, что суды, применяя право, и создают его. Нормы, не применяемые в судебной практике, фактически перестают быть правом, поскольку не используются в регулировании общественных отношений.

При социологическом подходе формальные источники права наполняются социальным содержанием. К примеру, судебный прецедент рассматривается не как результат нормотворческих полномочий суда, а как утверждение приоритета определенных социальных интересов. Судья выполняет социальную функцию, выступая арбитром в конфликте социальных интересов, которые стоят за требованиями сторон⁹⁸⁹. Судьи неизбежно должны сделать выбор и отдать предпочтение одному из таких интересов. Между тем судьи связаны судебным прецедентом, а это означает, что прецедент обеспечивает некий определенный социальный интерес, признанный приоритетным.

⁹⁸⁸ Черкасова Е.В. Роль понимания права в формировании прецедентной практики: теоретико-правовое исследование: Автореф. канд. юрид. наук. М., 2006. С.8.

⁹⁸⁹ Kahn P.W. The Courts, the Community and the Judicial Balance: the Jurisprudence of Justice Powell // Yale Law Journal. 1986. N 1. P. 61.

По мнению Ю.Г. Арзамасова, именно социологическая юриспруденция придает особое значение судебному прецеденту. При этом данный автор ссылается на австрийского правоведа XIX столетия Е.Эрлиха, который в своих научных трудах «отмечал, что судьи не всегда выносят свои решения в соответствии с императивом, под которым он понимал определенные правила поведения. При этом ученый делал прогноз, что в дальнейшем люди будут поступать согласно тем правилам, которые принимают судьи»⁹⁹⁰.

В России представителем социологической юриспруденции был С.А. Муромцев, который считал, что в основе деятельности судей должно лежать творчество. Он писал: «Судья – законодатель, тем более деятельный, чем менее деятельным оказывается сам законодатель, он сам проводник в жизнь тех начал, которые сознание общества в противоположность действующему закону объявляет справедливым и естественным»⁹⁹¹. Как считает Ю.Г. Арзамасов, С.А. Муромцев «в своих работах проповедовал идеи именно прецедентного права, которые в дальнейшем на практике реализовались в США. Хотя он и не оперировал термином «мягкий прецедент», фактически в его работах речь шла именно об этом»⁹⁹².

По мнению Е.В. Черкасовой, «в странах, принадлежащих к англо-американской правовой семье, господствует социологическое направление понимания права и естественно-правовой подход. Социологическое направление предопределяет признание существования права в форме отношения в его до-нормативной стадии. Естественно-правовой подход обращает внимание на право как на справедливость, живущую в обществе. Синтез этих направлений обуславливает возможность выявления скрытого в жизни живого права за пределами законодательного поля»⁹⁹³.

Классик отечественной цивилистики И.А. Покровский также связывал распространение судебного прецедента с идеями естественно-правовой теории⁹⁹⁴.

По нашему мнению, понимание судебного прецедента как одного из основных источников права, порожденного правотворческой ролью суда, тесно связано именно с социологическим направлением в юриспруденции. Если правопонимание выходит за рамки нормативного подхода, за рамки догмы, становится понятно, что суды, применяя право, и создают его. Нормы, не применяемые

⁹⁹⁰ Арзамасов Ю.Г. Идеиные истоки «широкого» подхода к правопониманию // Право и государство: теория и практика. 2007. № 5. С.5.

⁹⁹¹ Муромцев С.А. Право и справедливость: Сборник правоведения и общественных знаний. М., 1983. Т.1. С.11.

⁹⁹² Арзамасов Ю.Г. Указ. соч. С.6.

⁹⁹³ Черкасова Е.В. Указ. соч. С.10.

⁹⁹⁴ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (по изд. 1917 г.). М.: Статут, 2005.

в судебной практике, фактически перестают быть правом, поскольку не используются в регулировании общественных отношений.

Изучая судебный прецедент на основе социологического правопонимания, можно констатировать, что судебный прецедент имеет как сходство, так и отличие от иных источников права.

Сходство проявляется в следующем: 1) судебный прецедент, как и другие источники права, подлежит обязательному официальному опубликованию; 2) судебный прецедент, как и другие источники права, распространяет свое действие на неопределенный круг лиц; 3) судебный прецедент, как и другие источники права, содержит нормы, обязательные для применения.

Отличия судебного прецедента от других источников права проявляются в следующем: 1) судебный прецедент создается органами судебной власти; 2) в судебном прецеденте соединяются правотворчество и правоприменение; 3) судебный прецедент признается в качестве источника права не во всех правовых семьях.

Исследование развития прецедентного права Англии показывает, что значение прецедентов и усиление их обязательности увеличивались по мере развития правовой системы, достигнув максимума в период развитого капитализма. Это косвенно подтверждает тезис о том, что прецедентное право – порождение именно развитой правовой системы, которая регулирует сложное многообразие общественных отношений. В результате тенденция усиления прецедентного права по мере дальнейшего усложнения общественной жизни, и, как следствие, права, будет сохраняться.

Социолого-правовой анализ показывает, что судебный прецедент становится источником права только в условиях относительной независимости и самостоятельности судебной власти. Если место судебной власти в системе разделения властей четко не определено, если судебная власть лишена независимости от администрации, если над ней доминирует исполнительная власть – в таких условиях у судебного прецедента нет шансов стать полноправным источником права.

Н.Н. Ефремова

Принципы и институты правосудия в контексте типологии правопонимания (на примере российской юстиции)

Процесс формирования новой организации правосудия в Российской Федерации, начавшийся в 1991 г. в ходе судебной реформы, незавершенной до сих пор, обострил интерес к истории формирования национальной юстиции⁹⁹⁵, ее ге-

⁹⁹⁵ Термин «юстиция» (лат. justitia) используется в значениях: справедливость, правосудие, система судебных учреждений и др. Производное от jus - право (см.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>; В.С.Нерсесянц дает следующее определение : «Юстиция- это

незису и основным этапам развития. В современной историографии появилось большое число публикаций, посвященных истории судоустройства и судопроизводства, обусловленных в числе прочего и необходимостью изучения накопленного в истории российского суда положительного и отрицательного опыта в целях его использования и извлечения уроков, поскольку и сегодняшнее их состояние вызывает заметную неудовлетворенность общества. В связи с этим автор настоящего исследования, не претендуя на его комплексность и полноту, ставит задачу путем выявления и обобщения некоторых закономерностей, тенденций, традиционных ценностей и новационных элементов, характеризующих российскую организацию правосудия, прежде всего ее принципов, нормативных оснований и институтов, определить в какой мере ее реальное состояние в конкретно-исторических периодах соответствовало идеальной модели, доктринально представленной в рамках либертарно-юридической концепции.

Исторически отечественная организация правосудия развивалась путем реформ (иногда сопровождавшихся временным отступлением в виде контрреформ), либо революций, сущностно ее изменявших. Каждая из таких реформ, как правило, отражала новый уровень в прогрессе правосудия, достигаемый в поступательном движении к идеалу. Это вполне объяснимо, поскольку только правильно организованное правосудие способно создать прочные гарантии прав и свобод личности, правовой режим деятельности государственного аппарата, обеспечить правозаконность (правовую законность) и правопорядок в целом. Несомненно, правосудие, как одна из форм проявления, жизни права, выступает фактором цивилизации, прогресса и обновления в обществе, и в этом прежде всего выражается его социальная ценность.

Правосудие как юридическая категория анализируется в разных отраслях юриспруденции, является межотраслевой, что обуславливает отсутствие единства в ее дефинициях. Кроме того ее государственно - правовая природа определяется прежде всего сущностью этих детерминант. Соответственно в исторических и современных концепциях правопонимания она представляется также различно и по форме и по содержанию. Можно привести фрагмент ее энциклопедического определения: «**ПРАВОСУДИЕ** (от лат. *justicia* [в орфографии источника. - *Н.Н.Ефремова*]) - особый вид государственной (публичной) деятельн.ости, состоящий в том, что независимый, беспристрастный и справедливый суд (суды) на основе закона: рассматривает и разрешает правовые споры ... рассматривает уголовные дела...»⁹⁹⁶ и т. д. В современной юридической

суждение по праву (т. е. осуществление справедливости) не только по особым спорам в суде (при судоговорении), но и по всем делам государственно-организованной жизни.» (Нерсесянц В.С. *Философия права: учебник для вузов.* 2-е изд. М., 2009. С. 127.). В данном случае речь пойдет о юстиции в значениях: справедливость, правосудие, суждение по праву.

⁹⁹⁶ Юридическая энциклопедия / Под общей редакцией академика Б. Н. Топорнина. М.: Юристъ., 2001. С.821-822.

доктрине правосудие определяется также как «разновидность государственной деятельности по защите нарушенного частного права или публичного интереса, осуществляемой специальным органом в пределах предоставляемых ему полномочий в процессуальной форме, направленной на обеспечение справедливого судебного разбирательства, на основе неотъемлемых прав граждан и не противоречащих им иных нормативных правовых актов»⁹⁹⁷. Дефиниция несколько ограничена частноправовым подходом, ее также стоило бы дополнить перечнем присущих понятию признаков и принципов, или основополагающих начал, имеющих непреходящую политико-правовую ценность. Тем не менее и в приведенном варианте справедливость нашла свое формальное выражение. В отраслевой учебной литературе правосудие определяется как функция правоохранительной деятельности, «которая имеет прямое отношение к защите, восстановлению, обеспечению реализации, осуществлению наиболее значительных прав и законных интересов человека и гражданина, государственных организаций, должностных лиц»⁹⁹⁸. Вместе с тем нельзя не отметить, что правосудие является одним из полномочий, составляющих содержание судебной власти, причем доминирующим⁹⁹⁹, поскольку иные играют роль содействующих его осуществлению¹⁰⁰⁰.

Это полномочие должен осуществлять суд (в прошедшие исторические эпохи и в обществах, сохраняющих традиционную социально-политическую организацию, судебные (светские) функции осуществлялись и (или соответственно) осуществляются административными, либо квази - судебными органами, или традиционными носителями власти - родовыми и племенными вождями и старейшинами, авторитетными соплеменниками и др.). Относительно генезиса и последующего развития правосудия следует отметить, что оно появляется в период догосударственной публичной организации власти, как необходимый институт социального управления в целях упорядочения и гармонизации общественных отношений, и прежде всего как средство разрешения конфликтов и споров, основанное на началах признания равенства свободных индивидов - сторон (участников) и справедливости решения. Впоследствии, в ходе эволюции социально-экономической и политической организации и оформления неравенства статусов социальных групп и лиц, изменяются и принципы организации судебной деятельности. Эволюция правосудия отражает эволю-

⁹⁹⁷ Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. М., 2009. Т. 1. С.114-115.

⁹⁹⁸ Гуценко К. Ф. Ковалев М. А. Правоохранительные органы: Учебник для студ. юрид. вузов и факультетов. М., 2010. С.9.

⁹⁹⁹ См.: Там же. С.49, 50.

¹⁰⁰⁰ Подробнее см.: Ефремова Н.Н. Правовое общение и правосудие как категории юриспруденции: проблемы теории и истории // Евразийский юридический журнал. 2011. № 7 (38). С.69-70.

цию права, по определению являющегося основой его организации. В ретроспективе степень развитости и качество правосудия соответствовала уровню развитости и качеству права, достигаемому в конкретную социально-историческую эпоху. Критериями для выявления различий приходящих на смену друг другу форм права и производных форм государственности выступают те, которые, по справедливому мнению академика РАН В.С. Нерсесянца, «определяют специфику исторических форм признания людей в качестве субъектов права и государства (государственной власти)»¹⁰⁰¹. При этом предполагается, что новые, очередные типы государства (и производные от него институты, в частности суд) являются правовыми настолько, насколько выражают развитость соответствующего типа права и обеспечивают организацию, упорядочение и защиту свободы людей в их социальной жизни, в чем не маловажная роль отводится правосудию. Опираясь на типологию права и государства, сформулированную в рамках либертарно-юридической концепции В.С. Нерсесянца, можно сказать, что и типы правосудия являли собой «исторически сменяющиеся друг друга формы и ступени роста в развитии человеческой свободы от древности до современности»¹⁰⁰².

Суд как важное звено в государственном механизме призван осуществлять «правоутверждающую и правозащитную»¹⁰⁰³, следует добавить - и правосоставительную деятельность. Однако для утверждения реальности правовой жизни, прав и свобод человека, гражданского общества и государства требуется надлежащая организация правосудия, важнейшими принципами которой являются независимость суда и несменяемость судей. Эти ценности правосудия, выступающего одной из форм объективации права в социальной жизни, не являются имманентными для любого суда (как органа или процесса), но присущи лишь тем, которые организованы и действуют, основываясь на праве (в либертарном понимании), а не на произволе. В значительной мере надлежащая организация правосудия определяется и иными нормативными основаниями и принципами.

Проблема принципов права и некоторых других, производных от последнего, юридических категорий является одной из важнейших, но остающейся недостаточно исследованной в юриспруденции¹⁰⁰⁴. Следует учитывать, что основопола-

¹⁰⁰¹ Нерсесянц В. С. Философия права: учебник для вузов. 2-е изд. М., 2009. С. 149.

¹⁰⁰² Нерсесянц В. С. Теория права и государства. М.: Норма, 2001. С. 57

¹⁰⁰³ См.: Нерсесянц В. С. Философия права: учебник для вузов. 2-е изд. М., 2009. С.473.

¹⁰⁰⁴ См. об этом: Ефремова Н.Н. Становление основ правосудия в российской истории XVIII–начала XIX вв. // Государство и право. М.: Наука. № 11, ноябрь 2011. С. 95 – 105; Ефремова Н.Н. Понятие российского правосудия дореформенного периода в контексте отечественной историографии // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». М. 2012. № 2(10). С.38–44; Ефремова Н.Н. Традиционные принципы организации правосудия в истории России // Принципы права. Круглый стол / Под ред. д.ю.н., проф. Д. А. Пашенцева д.ю.н., проф. А. Г. Чернявского. М.

гающие начала надлежаще организованного правосудия концептуально определяют его потенциальные возможности и эффективность, и имеют, как показывает история, универсальный характер. Как правило, они обозначены словесно и смыслово тождественно, но имеют различное материальное выражение, фактическое воплощение, обусловленное конкретно-историческими социально-экономическими, политико-идеологическими, культурологическими и прочими факторами. Судебные принципы как категории судебного права, важнейшим институтом которого является правосудие, – это основополагающие начала права, общие для судоустройства и различных видов судебного процесса независимо от формы их выражения: нормативно-установленные, либо «не имеющие концентрированного нормативно-правового воплощения»¹⁰⁰⁵. В действующем процессуальном законодательстве и доктрине имеется достаточно большой их перечень, однако не все они являются универсальными для различных исторических эпох. Вместе с тем часть из них таковыми является, а другая, выступая ранее лишь как цель, по мере наступления соответствующих социально-экономических и политико-идеологических условий становится достижимой.

Не претендуя на то, чтобы в рамках небольшой публикации провести анализ всех или большинства принципов, остановимся на ряде традиционных для российской юстиции. Как было отмечено выше, эти принципы правосудия формально провозглашались на разных этапах его эволюции (и сохранялись отчасти даже в условиях революции), но далеко не всегда наполнялись одинаковым реальным, фактическим содержанием. Среди таких принципов следует выделить: 1) независимость суда и несменяемость судей (применим в условиях разделения государственной власти,); 2) непредвзятость, объективность; 3) компетентность (применим в условиях профессионализации судебной деятельности); 2) доступность правосудия; 3) законность процесса и решения (известны исторические примеры конкуренции принципов законности и целесообразности, законности и справедливости); 4) принцип истины (исторически – правды); 5) инстанционность судопроизводства; 6) юридическое равенство сторон (внутрисословное или гражданское); 7) гласность; 8) демократизм; 9) гуманизм, охрана чести и достоинства личности и др. Частично эти принципы в предшествующие эпохи обозначались соответствующими современному языку словами-синонимами; а в наше время они получили закрепление в Конституции РФ, Федеральном конституционном законе от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹⁰⁰⁶ и иных российских законах о су-

2015. С.164-170.

¹⁰⁰⁵ Мурадян Э.М. Судебное право (в контексте трех процессуальных кодексов): Монография. М., 2003. С.7.(Далее: Мурадян Э. М. Судебное право.). См. об этом также: Ефремова Н.Н. Становление и развитие судебного права в России XVIII – начала XX в. (историко-правовое исследование). М., РУДН. 2007. С.3-7.

¹⁰⁰⁶ СЗ РФ. 1997. №1. Ст. 1.

доустройстве и процессе. Следует отметить, что среди принципов, определяющих основные начала организации правосудия, часть является общеправовыми, а другие отраслевыми, но, в конечном счете, все нацелены на создание надлежащей организации правосудия.

Традиционный характер названных принципов можно проиллюстрировать рядом примеров. Так, например, уже в Судебнике 1550 г. был установлен принцип законности в отправлении правосудия: в ст. 62 говорилось: «Судити наместником по всем городом по нынешним царевым государевым жалованным вопчим грамотам»¹⁰⁰⁷. Более того, в Уставной грамоте от 15 августа 1555 г. наряду с установлением уголовной ответственности выборных старост и целовальников за неправосудие, учиненное «их хитростью и небрежением», предусматривалось и поощрение за соблюдение принципа законности при рассмотрении и решении дел: «а учнут те выборные судьи судити... прямо по нашему уложению, по Судебнику и по уставной грамоте безволокитно и беспосулно... и мы... пошлин и податей всяких имати не велим да сверх того пожалуем»¹⁰⁰⁸.

К московскому периоду относится и зарождение инстанционного разделения подсудности, уже Судебник 1497 г. установил две инстанции: местный суд наместников и волостелей и центральный суд бояр, окольных и великого князя. Апелляционной инстанцией выступали Боярская дума и великий князь. В ст. 2 Судебника 1497 г. запрещалось судьям нарушать установленную подсудность: «...а давати всемь жалобником управа в всемь, которым пригоже»¹⁰⁰⁹. Начиная с Судебника 1550 г. были введены три инстанции: местный суд – наместники и волостели (были заменены в ходе земской реформы на выборных старост и целовальников), центральный суд – приказы, высший суд – Боярская дума и царь.

Справедливости ради, надо отметить, что указанные инстанции были одновременно и административными ввиду неразделенности этих функций государственного управления. Но уже в ходе судебной реформы Петра I, совершившего первую попытку их разделения, были созданы обособленные судебные органы и соответствующие инстанции: в 1719 г. это были городской или провинциальный судьи – надворный суд – Юстиц-коллегия – Правительствующий Сенат. Для своего времени это были прогрессивные институты, целью которых было освобождение суда от «опеки» местной администрации, т. е. в отдаленном приближении – введение принципа независимости суда. Правда, при сохранении подчиненности главе государства. Однако эта организация просуществовала не долго, не только по субъективным, но и по объективным причинам.

¹⁰⁰⁷ Российское законодательство X-XX веков: В 9 т. / Под общ. ред. О.И. Чистякова. М., 1984-1994. Т. 2. М., 1985. С.109 (Далее: Российское законодательство...).

¹⁰⁰⁸ Там же. С. 151.

¹⁰⁰⁹ Там же. С. 55.

При Екатерине II судебные инстанции, как отдельные на местном уровне от административных, были восстановлены после судебных контрреформ эпохи дворцовых переворотов, но приобрели еще и сословное разграничение¹⁰¹⁰. Более совершенной была система инстанций судов общей и местной (мировой) юрисдикции, созданная по Судебным уставам 1864 г., установившая по две соответствующие инстанции, а в качестве высшей кассационной инстанции – Сенат¹⁰¹¹. Отмечая достоинство сложившейся системы, известный специалист в области судебного права Э.М. Мурадьян отмечает: «Целесообразно, исходя из ценности стабильных правоотношений, возродить дореволюционный российский принцип двух инстанций»¹⁰¹². Инстанционность характерна в целом для судебной системы России (и СССР) республиканского периода.

Возвращаясь к предшествовавшему имперскому периоду, следует отметить, что административные реформы первой трети XIX в. привели к фактическому увеличению числа судебных инстанций, в сравнении с немалым их числом в XVIII в. Противником такой организации выступал один из «отцов» судебной реформы 1864 - 1899 гг., активный разработчик концепции последней, С.И. Зарудный. Критикуя сложившуюся множественность судебных и квазисудебных инстанций, он выступал за их сокращение: «Недостаточность одной инстанции признана вековыми опытами Европы, а бесполезность 10 и даже 12 инстанций лучше всего доказывает опыт России»¹⁰¹³. Создатели Судебных уставов, утвержденных 20 ноября 1864 г. и учредивших новые принципы и институты судоустройства и судопроизводства, а также независимую судебную власть, содержанием которой выступало правосудие в новой организационной форме, как известно, учли эту критику.

В продолжение уместно отметить, что Судебные уставы провозгласили и ряд других ценностных принципов правосудия. В Указе об их опубликовании, подписанном императором 20 ноября 1864 г. одновременно с четырьмя законами, получившими позднее наименование Судебных уставов, говорилось, что задача судебной реформы – «водворить в России суд скорый, правый, милостивый для всех подданных наших, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утверждать в народе... уважение к закону»¹⁰¹⁴. В Судебных уставах были установлены и иные принципы: состязательности, гласности процесса, а также нормативно не определенного, но фактически обеспеченного – доступности суда населению. Последний достигался созданием участков мирового суда и учреждением специальных, не совпадавших

¹⁰¹⁰ См. подробнее: Ефремова Н.Н. Становление и развитие судебного права в России XVIII – начала XX в. (историко-правовое исследование). М., 2007.

¹⁰¹¹ См. подробнее: Там же.

¹⁰¹² Мурадьян Э.М. Судебное право. С. 26.

¹⁰¹³ Материалы по судебной реформе в России 1864 г. Т. 1-74. Б. м., 1857-1861. Т.9.С.2.

¹⁰¹⁴ Полное собрание законов Российской империи. Собр. 2-е. Т. XXXIX. Отд. 2. № 41473.

с административными, судебных округов, определяемых в соответствии с численностью проживающего населения. Доступность суда, помимо прочего, обеспечивалась и сохранением сложившихся до реформы, особых судебных и квазисудебных органов и лиц, осуществлявших правосудие в так называемых национальных окраинах¹⁰¹⁵.

Демократизм суда обеспечивался наличием общественного элемента в составе суда: присяжные заседатели участвовали в рассмотрении уголовных дел в первой инстанции общей юрисдикции – окружном суде. Но и в более ранние периоды эволюции правосудия коронный суд дополнялся выборными от населения: например, сословные заседатели в судах, созданных Екатериной II, либо старосты и «лучшие люди» (выборные от населения) по Судебнику 1497 г. (ст. 38) при судьях-бояр-кормленщиках, либо старосты и целовальники земских и губных изб (также выборные от населения), заменившие в середине XVI в. кормленщиков, и др. В советском суде это были народные заседатели, составлявшие единую судебную коллегию с профессиональным судьей. Степень формальности и реальности участия представителей общественности в отправлении правосудия была переменчива и обуславливалась социально-экономическими и политико-идеологическими основами жизнедеятельности общества и интересами государства. В современной России возрожден и действует институт суда присяжных.

Состязательность как процессуально-правовой принцип определяла «форму суда» (по выражению Петра Первого) уже в Древнерусском государстве, что известно из Русской Правды, а со времен Судебников 1497 и 1550 гг. до конца XVIII в. сосуществовала с «розыском», или инквизиционным процессом, вытеснившим в конечном счете состязательный из судопроизводства. Однако Судебные уставы 1864 г. восстановили последний в прогрессивной форме, соблюдение которой обеспечивалось участием в процессе сторон обвинения (государственный прокурор) и защиты, или представительства, в лице присяжного или частного поверенного (первые объединялись в профессиональное общество). Наряду с мировой юстицией, судом присяжных, адвокатура являлась новым демократическим институтом в организации правосудия, свидетельствующим о его прогрессе, поступательном движении в направлении к идеальной модели. Понятно, что архаичность других звеньев государственного механизма и материального законодательства была серьезным препятствием на этом пути, но цели модернизации юстиции все же были достигнуты.

Говоря о независимости судебной власти как одной из принципиальных публично-правовых ценностей, обеспечивающих реальность самой власти, сле-

¹⁰¹⁵ См. подробнее: Ефремова Н.Н. Судостроительство национальных окраин России: множественность и единство организации имперского правосудия (XVIII- первая половина XIX вв.) // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. М., 2008. С.181-189.

дует отметить, что впервые это было достигнуто в ходе применения Судебных уставов 1864 г. Сам термин «судебная власть» был закреплен указанными актами, которые положили начало разделению государственной власти на ветви, иначе говоря, практическому конституционализму.

Независимость суда была гарантирована несменяемостью судей. Аналогичные концептуальные положения определили сущность и проводимой в современной России судебной реформы (здесь уместно заметить, что, в отличие от «Великой» реформы XIX в., официально о ее завершении пока не заявлено), доказав свой универсализм, традиционность и политико-правовую ценность.

Реальность правосудия (в буквальном, либертарно-юридическом его понимании) зависит не только от легализации прогрессивных принципов правосудия и создания необходимых для их воплощения институтов судоустройства и судопроизводства, или от институциональной и функциональной организации суда, но в частности и от качества процессуальной деятельности судьи. Предписания судить честно, справедливо, непредвзято и бескорыстно можно найти во многих памятниках отечественного права. Например, в Судебнике 1497 г. говорилось: «А посулов... от суда... не имати... А судом не мстити, не дружите никому» (ст. 1.)¹⁰¹⁶. В преамбуле к Инструкции рекетмейстеру от 5 февраля 1722 г. требовалось, чтобы «каждому по их делам суд был праведной»¹⁰¹⁷. Можно привести множество таких примеров, хотя, как известно, практика часто расходилась с этими декларациями.

Важным принципом во все эпохи формально признавался принцип справедливости (в разных формах: общечеловеческой, «классовой» и др.). Как отмечал И.А. Покровский, «закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель – достижение материального, справедливого»¹⁰¹⁸. Также, по мнению В.Г. Ярославцева, - «правосудие в материальном смысле есть осуществление законности и справедливости, милости правосудия»¹⁰¹⁹. К примеру, и судебная реформа эпохи Просвещения, проводимая Екатериной II, основывалась на известных идейных положениях, одним из выразителей которых был С.Е. Десницкий, призывавший «судить по истине и справедливости»¹⁰²⁰.

Следует иметь в виду, что принцип справедливости в качестве общеправового остается дискуссионным¹⁰²¹, однако, признавая его юридическую при-

¹⁰¹⁶ Российское законодательство... Т.2.С.54.

¹⁰¹⁷ Серов Д.О. Судебная реформа Петра I: Историко-правовое исследование. М., 2009.С.11.

¹⁰¹⁸ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917.С.70.

¹⁰¹⁹ Ярославцев В.Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество. М., 2007.С.11.

¹⁰²⁰ Десницкий С.Е. Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи. СПб., 1905.

¹⁰²¹ См., напр.: Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. М., 1980.С.103; Ярославцев В.Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество. С.11.

роду, не следует его отождествлять с совестью¹⁰²², а надлежит рассматривать как юридическую соразмерность. В таком смысле он воспринимался и Екатериной II, полагавшей, что создание сословных судов (новых институтов в организации правосудия) будет обеспечивать его в силу того, что это будет суд равных.

Наконец, принципы гуманизма, охраны чести и достоинства личности также присутствуют в источниках судебного права разных эпох. В частности, в «Наказе» Екатерины II говорилось: «Все наказания, которыми тело человеческое изуродовать можно, должно отменить» (ст. 96); «Власть судебная состоит в одном только исполнении законов, и то для того, чтобы сомнения не было о свободе и безопасности граждан» (ст. 98)¹⁰²³. Учреждениями для управления губерниями Екатерины II был создан также институт совестного суда, к сожалению на практике оказавшийся малоэффективным, хотя формально был призван выполнять особую задачу стать «преградой частной или личной безопасности»¹⁰²⁴.

Фактическое воплощение провозглашаемых прогрессивных принципов правосудия не всегда достигалось как по объективным, так и по субъективным причинам. В целом можно сказать, что данная характеристика справедлива в отношении прежде всего дореформенного суда. В этом смысле прав Р. С. Уортман: «Главная цель старого суда заключалась в защите власти, интересов и престижа правительственной администрации, а не прав населения»¹⁰²⁵.

Также очевидное расхождение между декларируемым, официальным, легальным, с одной стороны, и действительным, фактическим, реальным, с другой стороны, являла организация советского правосудия, особенно в ранний послереволюционный период формирования нового суда и процесса и позднее, во время политико-идеологических репрессий.

В то же время, являясь частью культуры, право в целом и правосудие как одна из форм его бытия в частности в своей истории повторяют и отражают стадии культурных преобразований, воплощая соответствующие времени и пространству типичные черты и особенности. При этом право в большей мере выступает универсальным регулятором общественных отношений, а правосудие призвано охранять правовую форму и содержание последних. При этом и то, и другое явления детерминированы существующими в конкретно - истори-

¹⁰²² Совесть определяется, например, как: «чувство и сознание моральной ответственности за свое поведение и моральности своих поступков перед самим собой и перед другими»(см.:<https://ru.wiktionary.org/wiki/>).

¹⁰²³ Наказ Екатерины Второй, самодержицы Всероссийской, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения / Сост. вступ.ст. И.Г. Безгина. СПб., 1893.

¹⁰²⁴ ПСЗ-И. Т. XX. № 14392.

¹⁰²⁵ Уортман Р.С. Властители и судии. Развитие правового сознания в имперской России. М., 2004. С. 406.

ческий период в социально-политической организации материальными и духовными условиями, представляя собой по форме и по содержанию развивающиеся преимущественно поступательно и прогрессивно феномены.

Путь их развития, как демонстрируют исторические примеры, не прям, а извилист, спиралеобразен, однако в качестве официальных целей их преобразования (эволюционного и революционного) неизбежно декларируется намерение приблизиться к идеальной модели (точнее - чертам и качествам ей присущим, выражаемым прежде всего в принципах и институтах). Конечно, эти преобразования не всегда заканчиваются победой прогрессивных начал. Тем не менее, так называемые общепризнанные ценности права и правосудия остаются неизменными, хотя и воплощаются в фактически, с точки зрения формы и содержания, различных нормах и отношениях, бытовавших и бытующих у разных народов, обществ и государств. В широком цивилизационном плане можно говорить о моделях правосудия Запада, Востока и России (с учетом ее особенностей, отличных от классических западных), а во временном аспекте — о более или менее развитых их формах и степени зрелости. В данном случае акцент был сделан на российской, опирающейся прежде всего на общие с Западом ценности судебного права.

Н.М. Кондратович, Т.С. Масловская

**Конституционные реформы
как отражение вызовов современного мира**

Практика зарубежных стран последних лет подтверждает тезис о динамичности конституционных преобразований на современном этапе¹⁰²⁶. Несмотря на неодинаковую степень интенсивности и объем проведения конституционных реформ в различных странах мира, следует отметить их общую черту – они выступают конституционным модератором, конституционным ответом на внешние и внутренние вызовы для государства. Безусловно, многие конституционные реформы обусловлены внешними вызовами и угрозами, к числу наиболее значительных относится, по нашему мнению, угроза терроризма и как

¹⁰²⁶ Кондратович Н.М. О конституционных процессах на постсоветском пространстве: содержание и пути реализации // Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе: материалы Междунар. науч.-практ. конф., Минск, 11-12 окт. 2012г. / редкол.: С.А. Балашенко (гл. ред.) [и др.]. Минск: Бизнесофсет, 2012. С.111-113; Кондратович Н.М. Конституция: фактор стабильности и необходимость реформ / Сборник. Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 14: в 2 т. Т. 1. М.: ООО Издательство «Юрист», 2014. С. 542-545; Масловская Т.С. Некоторые направления конституционных изменений в зарубежных странах на современном этапе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 3. С. 54-62.

следствие – все более отчетливо проявляющийся кризис безопасности, реакцией на который выступают в том числе конституционные преобразования¹⁰²⁷. Вместе с тем, внутренние вызовы современного государства также являются причинами конституционных изменений. Отметим, что в странах СНГ, особенно в его азиатской части, и государствах Западной Европы наблюдаются различные направления проводимых конституционных реформ.

Одним из направлений конституционных реформ на постсоветском пространстве выступает изменение типа существующей республиканской формы правления (Армения, Кыргызстан, Казахстан и др.), а как следствие – перераспределение компетенции между высшими государственными органами, а также конституционализация статуса высших должностных лиц государства, прежде всего, Первого Президента Республики (Казахстан, Таджикистан).

Опыт конституционного развития государств постсоветской эпохи отличается определенным динамизмом. Одна из причин достаточно легкого перекраивания конституций состоит в особенностях политической системы, сложившихся в этих странах.

Конституционные положения о структуре власти, системе государственных органов, их взаимоотношениях обусловлены общим концептуальным подходом к типу политической системы в конкретной стране¹⁰²⁸. Весьма интересен в данном контексте конституционно-правовой опыт таких государств, как Республика Казахстан, Республика Таджикистан, Республика Армения.

18 мая 2007 года парламент Казахстана одобрил поправки к Конституции 1995 г. с изменениями и дополнениями от 1998 г. о снижении срока полномочий Президента с 7 лет до 5 лет (срок полномочий был увеличен конституционной реформой 1998 года), а также установил ограничения для переизбрания президента двумя сроками. Однако для Назарбаева как первого президента Казахстана было сделано исключение - он может баллотироваться неограниченное количество раз. В соответствии с п. 5 ст. 42 Конституции: «Одно и то же лицо не может быть избрано Президентом Республики более двух раз подряд. Настоящее ограничение не распространяется на Первого Президента Республики Казахстан»¹⁰²⁹.

Конституционным законом Республики Казахстан «О Первом Президенте Республики Казахстан - Лидере Нации» определяется политико-правовой статус Первого Президента Республики Казахстан как Лидера Нации, а также пре-

¹⁰²⁷ Подробнее об этом см.: Масловская Т.С. Новые направления конституционных реформ в зарубежных странах (динамика последних пяти лет) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 4.

¹⁰²⁸ Енгибарян Р.В. Конституционное развитие в современном мире / Енгибарян Р.В. М.: Норма, 2010. С. 237.

¹⁰²⁹ Конституция Республики Казахстан принята на референдуме 30 августа 1995 года (внесены изменения и дополнения 7 октября 1998 года, 21 мая 2007 года, 2 февраля 2011 года // http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (Дата обращения: 18.03.2016 г.).

рогативы и гарантии Первого Президента Республики Казахстан после прекращения им исполнения полномочий¹⁰³⁰. Первому Президенту Республики Казахстан – Лидеру Нации в силу его исторической миссии пожизненно принадлежит право: обращаться к народу Казахстана, государственным органам и должностным лицам с инициативами по важнейшим вопросам государственного строительства, внутренней и внешней политики и безопасности страны, которые подлежат обязательному рассмотрению соответствующими государственными органами и должностными лицами; выступать перед Парламентом Республики Казахстан и его Палатами, на заседаниях Правительства Республики при обсуждении важных для страны вопросов; возглавлять Ассамблею народа Казахстана; входить в состав Конституционного Совета, Совета Безопасности Республики Казахстан. Разрабатываемые инициативы по основным направлениям внутренней и внешней политики государства согласовываются с Первым Президентом Республики Казахстан – Лидером Нации.

В феврале 2011 года в Конституцию Казахстана вновь внесены изменения. Статья 41 Конституции дополнена пунктом 3-1 следующего содержания: «Внеочередные президентские выборы назначаются решением Президента Республики и проводятся в порядке и сроки, установленные конституционным законом»¹⁰³¹. Таким образом, действующий президент сам решает вопрос о проведении досрочных президентских выборов.

В настоящий момент Республика Казахстан находится в преддверии новой конституционной реформы, инициированной Президентом, цель которой изменение республиканской формы правления.

Республика Таджикистан приняла постсоциалистическую Конституцию 6 ноября 1994 г. Статья 98 Конституции закрепляет: «Изменения и дополнения в Конституцию вносятся путем проведения всенародного референдума. Референдум назначают Президент или Маджлиси намояндагон при поддержке не менее двух третей от общего числа депутатов». Предложения по изменению и дополнению в Конституцию вносятся Президентом или не менее чем одной третью голосов от общего числа членов верхней и депутатов нижней палаты парламента (ст. 99 Конституции)¹⁰³². Предложения по изменению и дополнению Конституции публикуются в печати за три месяца до референдума. Изменения вноси-

¹⁰³⁰ Конституционный закон Республики Казахстан «О Первом Президенте Республики Казахстан - Лидере Нации» от 20 июля 2000 года № 83-II // http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (Дата обращения: 18.03.2016 г.).

¹⁰³¹ Закон Республики Казахстан «О внесении дополнения в Конституцию Республики Казахстан» от 2 февраля 2011 года № 403-IV // http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (Дата обращения: 18.03.2016 г.).

¹⁰³² Конституция Республики Таджикистан принята на всеобщем референдуме 6 ноября 1994 года (внесены изменения и дополнения в результате референдума от 26.09.1999 г., 22.06.2003 г.) // http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2213 (Дата обращения: 18.03.2016 г.).

лись в 1999 г. и касались установления двухпалатной структуры парламента вместо однопалатного, в 2003 г. увеличен срок полномочий президента с пяти до семи лет.

25 декабря 2015 г. Президент Таджикистана подписал Закон «Об основоположнике мира и согласия – Лидере нации». Данный законопроект 9 декабря 2015 г. был единогласно одобрен нижней палатой и 18 декабря верхней палатой парламента. Закон определяет роль главы государства как основателя мира и национального единства, символа долговечности таджикской суверенной государственности. Таким образом, он пожизненно объявлен Лидером Нации Таджикистана.

Закон определяет права и привилегии, в том числе и социальные гарантии Лидера нации, вопросы обеспечения безопасности. Согласно статье 2 Закона, Лидера нации запрещено задерживать, арестовывать и обыскивать. Также подлежат неприкосновенности имущество, недвижимость, принадлежащие Лидеру нации и его близким. В соответствии с Законом исполнение всех рекомендаций Лидера нации станет обязательным для всех государственных структур, а «важные политические внутренние и зарубежные проблемы» будут решаться по согласованию с ним. За все действия, совершенные за годы правления страной, Лидеру нации гарантируется неприкосновенность. В Таджикистане к президенту Эмомали Рахмону установлена особая форма обращения «Чаноби Оли», что в переводе означает «Ваше Превосходительство». Теперь к общепринятому обращению официально добавляется титул «пешвои миллат», что в переводе с таджикского означает «предводитель (или лидер) нации». Обращение к президенту с использованием полного титула является обязательным для всех жителей страны.

Согласно Конституции Таджикистана (ч. 4 ст. 65), одно и то же лицо не может быть президентом более двух сроков подряд. Парламент Таджикистана 22 января 2016 г. принял поправки в Конституцию страны, согласно которым, в частности, действующий президент Таджикистана Эмомали Рахмон как Лидер нации может избираться на пост главы государства неограниченное количество раз. Согласно поправкам: «Ограничения, предусмотренные в части четвертой данной статьи, не распространяются на Основателя мира и национального единства - Лидера нации». Действующий президент Эмомали Рахмон был избран президентом Таджикистана в 1994 г. и переизбирался в 1999, 2006 и 2013 г. и каждый раз в промежутке между выборами проводя референдумы о внесении изменений в Конституцию, происходило «обнуление» его предыдущих сроков. Нынешний срок его полномочий завершается в ноябре 2020 года. Кроме того, согласно принятым поправкам, баллотироваться на пост президента Таджикистана сможет кандидат, достигший возраста 30 лет, а не 35 лет как того требует действующая Конституция. Установление единого возрастного ценза

30 лет распространяется так же на кандидатов депутаты обеих палат парламента, судей Верховного суда, Конституционного суда и Высшего экономического суда Таджикистана.

Конституционный суд Таджикистана признал законными поправки в Основной закон страны. На состоявшемся 22 мая 2016 г. всенародном референдуме граждане Таджикистана поддержали внесение поправок в Конституцию (94,5% - за, 3,3% - против).

Конституционная реформа, состоявшаяся в Республике Армения, закрепила переходом к парламентской форме правления. 6 декабря 2015 г. в Армении прошел референдум по конституционным изменениям (согласно официальным данным, в голосовании приняло участие 1.303.466 человек (50,51%), в поддержку конституционных реформ высказалось 825851 избирателей (63,35%), против - 421600 (32,35%)).

Конституционная реформа, наряду с переходом к парламентской форме правления, предусмотрела изменение избирательной системы. Согласно ч. 3 ст. 89 Конституции Национальное Собрание избирается по пропорциональной избирательной системе.

Серьезные изменения претерпел институт Президента. Согласно конституционной реформе, Президент республики получает ограниченные представительские функции. Президент Республики избирается Национальным Собранием, а не всенародным голосованием. Право на выдвижение кандидата в Президенты Республики имеет не менее чем одна четверть от общего числа депутатов парламента. Предусмотрено, что срок полномочий Президента увеличивается с 5 до 7 лет. Статья 124 Конституции Армении в редакции 2015 г. предусматривает, что Президентом Республики может быть избрано каждое лицо, достигшее сорока лет, последние шесть лет являющееся гражданином только Республики Армения, постоянно проживающее в Республике Армения последние шесть лет, обладающее избирательным правом и владеющее армянским языком. Весьма показательна часть 3 статьи 124 Конституции, закрепляющая: «одно и то же лицо может быть избрано Президентом Республики только один раз». Президент Республики не может занимать какую-либо иную должность, заниматься предпринимательской деятельностью, выполнять иную оплачиваемую работу. В ходе осуществления своих полномочий Президент Республики не может являться членом какой-либо политической партии. Правительство, согласно новой редакции Конституции, является высшим органом исполнительной власти (ст. 146). Правительство на основании своей программы выработывает и осуществляет внутреннюю и внешнюю политику. Премьер-министра назначает Президент, однако кандидатуру на пост главы кабинета будет выдвигать парламентское большинство. Вооруженные силы Армении подчиняются правительству, а в случае войны Премьер-министр становится Вер-

ховным главнокомандующим Вооруженными силами, в то время как, по действующей конституции, таковым является Президент республики.

Как показывает политическая практика последнего десятилетия, через конституционные реформы политическая элита пытается трансформировать систему управления, отказываясь от президентской (или смешанной республиканской формы правления) в пользу парламентской республики. Достаточно очевидно, что несформировавшаяся многопартийная система в странах постсоветского пространства (Грузия, Молдова, Украина и др.) является серьезным препятствием для создания устойчивого и эффективного механизма управления страной. Высока вероятность перманентных парламентских и политических кризисов, т.е. политической нестабильности.

Показателен и еще один фактор, система правления, сложившаяся на постсоветском пространстве, предполагает, что действующий глава государства должен оставить после себя преемника. Демократизм подобной практики весьма сомнителен.

В конституциях постсоциалистических стран наблюдается определенное сходство набора составляющих их конституционно-правовых норм, институтов, принципов. Но такое сходство касается только общих черт. Другим аспектом выступает разнообразие конституционно-правовых институтов, обусловленных национальной спецификой, традициями, сложившимися в этих странах. В связи с чем, демократические принципы получают специфическое отражение, что искажает картину конституционного порядка.

В странах Западной Европы внутренним вызовом выступает кризис доверия граждан к власти и/или кризис власти. Это приводит к внесению поправок в конституции с целью, во-первых, усиления ответственности высших должностных лиц государства, и во-вторых, преодоления правительственного кризиса, в-третьих, усиления независимости судебной власти.

В отношении усиления ответственности высших должностных лиц государства показателен опыт Франции. Так, в 2007 г. во Франции прошла конституционная реформа, которая изменила ст. 68 Конституции в отношении оснований и процедуры смещения Президента Французской Республики с должности¹⁰³³, а 21 октября 2014 г. был принят Органический закон «О применении статьи 68 Конституции Франции»¹⁰³⁴. Отныне Президент Франции может быть смещен лишь в случае невыполнения им своих обязанностей, явно несовместимого с его мандатом (до реформы 2007 г. – за государственную измену). В

¹⁰³³ Конституция Французской Республики 1958 г. // http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_russe.pdf (Дата обращения: 10.10.2015 г.)

¹⁰³⁴ Органический закон «О применении статьи 68 Конституции Франции» от 21 октября 2014 г. // <http://www.senat.fr/leg/tas14-005.html> (Дата обращения: 10.10.2015 г.).

частности, Органический закон предусмотрел, что решение о созыве Высокой палаты правосудия является результатом принятия предложенного решения обеими палатами Парламента. Предложение резолюции является мотивированным, оно подписывается по меньшей мере одной десятой частью членов палаты, которое его выдвигает. Закрепляются определенные гарантии против злоупотребления данным правом парламентариями: в течение одного президентского срока один парламентарий может поддержать только одно предложение о созыве Высокой палаты правосудия. Дебаты в Палате являются публичными. Помимо членов Палаты (парламентариев) в них могут участвовать только Президент Республики и Премьер-министр. Время для выступлений ограничено. Голосование должно начаться не позднее 48 часов после открытия дебатов. Голосование тайное, с использованием бюллетеней. Решение принимается большинством в две трети голосов соответствующей палаты или Высокой Палаты правосудия и немедленно вступает в силу. Любое делегирование голоса запрещается. При этом учитывается только голоса, поданные за предложение об образовании Высокой Палаты правосудия или за смещение Президента Республики. Данный орган прекращает производство по делу, если он не вынес решение в месячный срок, предусмотренный ст. 68 Конституции Франции, что выступает определенной гарантией прав Президента Франции.

Следует согласиться с французским конституционалистом Б. Матье в том, что ответственность главы государства обратно пропорциональна размеру его компетенции¹⁰³⁵. Президент Французской Республики, обладая значительным объемом полномочий, до настоящей реформы (для проведения которой потребовалось 12 лет) на практике не мог быть смещен с должности.

С целью усиления принципа равенства 14 марта 2013 г. в Национальное собрание Франции от имени Президента Республики Ф. Олланда был внесен проект Конституционного закона «О судебной ответственности Президента Республики и членов Правительства»¹⁰³⁶. В соответствии с данным проектом Президент Республики лишается иммунитета в сфере гражданских исков, поскольку они касаются частных интересов и не препятствуют защите президентской функции. Вместе с тем, гражданский иск против Президента в течение срока его полномочий может быть возбужден только после разрешения комиссии по расследованию, образование которой предусматривается ст. 68-1 Конституции, при соблюдении условий, закрепленных в органическом законе. Более того, гражданский иск против Президента Республики не должен поставить под угрозу выполнение его обязанностей, ни наносить ущерб достоинству президентской должности.

¹⁰³⁵ Mathieu B. Statut pénal du Président de la République // La semaine juridique. - № 52. – 22 décembre 2014. P. 2392.

¹⁰³⁶ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0816.asp>

В свою очередь члены Правительства утрачивают юрисдикционный иммунитет, в соответствии с которым за совершение действий при исполнении своих обязанностей, квалифицированных в момент их совершения как преступления или деликты, они были подсудны Суду правосудия Республики. Отныне предлагается упразднить этот орган, состоящий по сути из парламентариев (в его состав входит 12 парламентариев, избранных поровну в каждой палате Парламента, и 3 судьи Кассационного Суда), а также изменить процедуру для того, чтобы избежать злоупотреблений. Отныне члены Правительства могут быть привлечены к ответственности за действия, совершенные при исполнении своих обязанностей или после и только после разрешения комиссии по расследованию, состоящей из трех судей Кассационного суда, двух членов Государственного совета и двух судей Счетной палаты, которые назначаются на пять лет. В комиссию могут обращаться: прокуратура, орган расследования или лицо, считающее себя пострадавшим от действия члена Правительства. Комиссия принимает решение в течение шести месяцев с момента запроса. В случае одобрения комиссии дело в отношении члена Правительства может быть возбуждено в соответствии с общим правом. Рассмотрение дел будет осуществляться компетентными судами г. Парижа, состоящими не менее чем из трех судей. Примечательно, что данный проект конституционной реформы так и не нашел своего логического завершения: он не был поставлен на голосование в Национальном собрании и не был рассмотрен в Сенате.

Вторым направлением конституционных преобразований в странах Западной Европы выступают институциональные реформы в целях преодоления правительственного (политического) кризиса. Ярким примером является реформирование итальянского парламента, начавшееся в марте 2015 г., когда Палата депутатов итальянского Парламента приняла конституционный закон, имеющий целью обеспечение стабильности правительства путем значительного уменьшения полномочий Сената (верхней палаты Парламента Италии).

В результате конституционной реформы, завершившейся в начале 2016 года, была изменена существующая в стране ранее модель «равноправного бикемерализма», признанная источником политической нестабильности, поскольку, обладая тем же кругом полномочий, что и Палата депутатов, Сенат формировался на региональной основе, а не на национальной, что увеличивало риск иметь две палаты с разным большинством голосов. Конституционной реформой был уменьшен состав Сената с 315 сенаторов до 95 (90 представляют территориальные учреждения, пять назначаются Президентом Республики), изменен порядок его формирования и срок полномочий (отныне он совпадает со сроком полномочий органов территориальных учреждений, от которых они избраны, срок полномочий сенаторов по назначению составляет семь лет).

В результате проведенной конституционной реформы в Италии были значительно ограничены законодательные полномочия Сената: если ранее законодательная функция осуществлялась совместно палатами Парламента, отныне – совместно в обязательном порядке только по определенным в ст. 70 Конституции Итальянской Республики вопросам (например, в отношении конституционных законов, законов о референдуме, избирательных законов и пр., перечень закрытый), другие законы – факультативно по требованию не менее 1/3 его членов. Сенат также утратил право разрешать объявление войны (теперь – только Палата депутатов обладает таким правом), лишился права путем издания законов разрешать ратификацию международных договоров (за исключением договоров, связанных с членством Италии в Европейском Союзе), права выражать вотум недоверия Правительству и оказывать ему доверие. С другой стороны, отныне Сенат не может быть распущен Президентом Республики (ст. 88 Конституции Италии). Такое действие возможно только в отношении Палаты депутатов.

В целом, указанные изменения конституционно-правового статуса Сената Италии свидетельствуют о значительном уменьшении его полномочий и роли в государственном механизме и делают его «похожим» на верхние палаты парламентов многих европейских государств, использующих модель «неравноправного бикамерализма». Возможно, данные модификации помогут укрепить исполнительную власть и обеспечить политическую стабильность в Италии.

В целях усиления основ правового государства в ряде европейских государств корректируются конституционные положения, относящиеся к судебной власти.

Работа по подготовке текста новой конституции вследствие изменения общественных отношений, требующих конституционализации с учетом современных вызовов, в настоящее время идет и в отдельных странах Западной Европы. В частности, Палата депутатов Люксембурга 13 марта 2015 г. опубликовала текст проекта новой Конституции Великого Герцогства Люксембург¹⁰³⁷, который отвечает требованиям современной демократии, исключает устаревшую терминологию, закрепляет реальную практику функционирования государственных органов и должен заменить Конституцию 1868 г., действующую с многочисленными поправками.

Среди принципиальных изменений-новшеств проекта новой Конституции Люксембурга следует отметить положения о независимости судебной власти и прокуратуры, а также изменение институциональной структуры судебной власти: установление Верховного суда на вершине судебной иерархии в целях упрощения судебной организации, объединение в его компетенции полномочий

¹⁰³⁷ Проект новой Конституции Великого Герцогства Люксембург от 13.03.2015 г.: текст. URL: <http://www.chd.lu> (Дата обращения: 20.04.2015 г.).

Конституционного Суда и Высшего Суда правосудия (данные органы будут упразднены).

Во Франции данное направление получает свое развитие в ходе июльской конституционной реформы 2008 г. В разделе VIII Конституции – «О судебной власти» в свете усиления независимости судебной власти в новой редакции изложена ст. 65, в соответствии с которой расширяется состав Высшего Совета магистратуры, Президент Республики лишается права председательствовать в нем, Министр юстиции перестает быть его вице-председателем, судьи перестают составлять большинство членов Совета, а его полномочия увеличиваются. Следующий этап – внесение Президентом Республики 14 марта 2013 г. в Национальное собрание Франции проекта конституционного закона «О реформе Высшего совета магистратуры»¹⁰³⁸ с целью усиления гарантий независимости судебной власти. Данный проект одновременно усиливает независимость Высшего совета магистратуры от любого политического вмешательства как при его формировании, так и при его функционировании, а также усиливает его полномочия. В частности, отныне он может по собственной инициативе рассматривать любой вопрос, относящийся к деонтологии судей и независимости судебных органов, а не только переданные ему на рассмотрение заявления по этим вопросам от имени Президента Республики. Представляется, что в этом смысле правовая конструкция статьи 64 Конституции Франции дает возможность для «конкуренции» в данной сфере между Президентом Республики, являющимся гарантом независимости судебной власти, и Высшим советом магистратуры, который посредством принятия своих решений, ему в этом помогает. Проект данного конституционного закона был окончательно принят во втором чтении Национальным собранием 26 марта 2016 года.

Тенденция усиления независимости судебной власти наблюдается и в Великобритании, где Актом о конституционной реформе 2005 г. были изъяты судебные полномочия у Палаты лордов Британского Парламента и переданы вновь учреждаемому органу – Верховному Суду, который стал высшей судебной инстанцией Великобритании и начал свою деятельность с 1 октября 2009 года.

Таким образом, конституционные изменения в зарубежных странах демонстрируют многообразие конституционных решений, отражающих вызовы современного мира. Конституция государства выступает важнейшим инструментом и фундаментом для дальнейших реформ. Анализ практики конституционных преобразований на постсоветском пространстве и в странах Западной Европы позволяет выделить их различные направления, обусловленные, прежде всего, дифференцированными внутренними вызовами, историческими, правовыми особенностями развития государств, различной степенью развития правовой культуры.

¹⁰³⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0815.asp>

**Подходы к пониманию образовательных кластеров:
международный опыт**

В современной научной литературе периодически появляется идея о выполнении институтами высшего образования значительной роли в стимулировании развития экономики регионов, на территории которых они расположены. Более того, институты высшего образования преследуют экономическое развитие так третью миссию, в дополнение к двум традиционным: образовательному процессу и проведению исследований¹⁰³⁹. В процессе экономического развития неизбежно устанавливаются взаимоотношения между образовательными организациями, исследовательскими организациями, компаниями. Такие отношения могут приобрести высшую стадию в иерархии взаимодействия при создании образовательного кластера. Например, существующая на территории Европейского союза формация промышленных кластеров как объединения малых и средних компаний предполагает не только их кооперацию между собой, но также и с образовательными организациями, научными организациями¹⁰⁴⁰. Такое взаимодействие является нужным фактором для развития и обновления экономики, общества. Трансграничное объединение и международные инициативы являются важными драйверами для экономического развития, так как они не только открывают доступ к новым рынкам, но также делают вклад в обмен знаниями и подобным образом являются катализатором для последующего продвижения продуктов и услуг.

Кластер представляет собой ключевой элемент и инструмент современной инновационной политики. Однако, кластеры индивидуальны, то есть традиции и особенности развития кластерной политики и самих кластеров разнятся существенно в зависимости от регионов и государств. В некоторых странах кластерная политика только появляется, тогда как в других государствах институт кластеров уже имплементируется в экономическую систему начиная с 1990 годов. Используя представленную в литературе классификацию кластеров в Европейском союзе¹⁰⁴¹, возможно распространить её и на образовательные кластеры. Во-первых, «кластеры в стадии взросления». К таким кластерам относят только что учреждённые кластеры или кластеры с ограниченными ресурсами. Такие кластеры являются наименее жизнеспособными, поэтому кластер-

¹⁰³⁹ Joyendu Bhadury and Samuel P. Troy. STAID: An Operational Framework to Guide Cluster-Based Engagements by Higher Education Institutions Economic Development Quarterly. 2014. Vol. 28(4). P. 364.

¹⁰⁴⁰ Let's make a perfect cluster policy and cluster programme. Smart recommendations for policy makers. Berlin/Copenhagen, 2012. P. 6.

¹⁰⁴¹ Let's make a perfect cluster policy and cluster programme. Smart recommendations for policy makers. Berlin/Copenhagen, 2012. P. 14-16.

ная политика должна фокусироваться на развитии и «пробуждении» существующего потенциала, который может включать природные или географические преимущества, культурологические факторы, уникальные компетенции. Во-вторых, **«взрослые кластеры»**. Когда кластер начинает «взрослеть», он проходит специальную кластерную траекторию. Динамизм кластера обеспечивается формальными и неформальными связями (личными, исследовательскими и корпоративными связями), усилением взаимодействия, обеспеченного кластером, конкуренцией между компаниями-участниками. Ключевые условия для взросления кластера включают существование связей между участниками кластера, трансформацию публичных исследований в частные исследования, коммерциализацию новых знаний, мобильность людей, способных перенести знания и исследовательские компетенции между производственным сектором и исследовательским сектором. Можно выделить два типа взрослых кластеров: «национальные чемпионы» и «кластеры мирового уровня». «Кластеры-национальные чемпионы» – это сильные кластеры, которые, как отмечается в литературе, имеют чистые амбиции, значительный национальный и международный потенциал роста. Такие кластеры характеризуются хорошо спланированной инфраструктурой взаимодействия и серьёзными инновационными возможностями также как и высоким уровнем интернационализации. «Кластеры мирового уровня» представлены очень сильными кластерами и создают бизнес «хабы», известные по всему миру. Такие кластеры характеризуются инновационной структурой, основанной на образовательных и исследовательских системах высокого уровня, участники кластера представлены рыночными и технологическими лидерами, интегрированы в глобальный бизнес, также как поддерживают инфраструктуру и регулирующие состояния. Так как прорывные технологии, товары и услуги развиваются особенно хорошо в сильных инновационных системах, кластеры мирового уровня являются лучшей средой для развития новых предприятий. В-третьих, **«ослабевающие кластеры»**. Кластеры существуют на рынках и выживают только в том случае, если региональные системы инноваций позволяют справляться с конкурентной средой, преобладающей на мировом рынке. Такая ситуация требует ресурсы и динамизм в ориентации кластера. Кластер может также прекратить своё существование, если его региональная система инноваций более не настолько сильная, чтобы развивать всё новые и новые продукты, услуги в условиях конкуренции. Участники кластера и проводящие политику кластера органы власти, таким образом, должны понимать существующую конкуренцию для того, чтобы развивать и использовать меры для активного развития структурных экономических изменений. В том числе такие меры позволят избежать субсидирования компаний, которые не имеют шанса на успешную конкуренцию с другими субъектами рынка. Процесс ослабления кластера проходит несколько стадий:

1. Кластер снижает свою функциональность и фактически становится аналогичным по своим слабым чертам «кластеру в стадии взросления».

2. Шанс для возрождения кластера («сильные кластеры» продолжают обслуживать традиционные рынки, но представляют новые товары и услуги или развивают новые бизнес модели, которые придают новые стимулы для динамики бизнеса) или создание совершенно новых рынков для инновационных товаров и услуг (так поступают «очень сильные кластеры», которые в качестве драйверов развивают промышленность).

Вне зависимости от класса кластера, публичная поддержка для кластера должна предоставляться либо для (1) помощи кластеру в начале производства нового инновационного товара или предоставления новых инновационных услуг, или для (2) раскрытия направлений развивающейся промышленности, которая может создать совершенно новые рынки. Использование публичной стратегии развития кластеров представляет собой комплекс усилий разнообразных органов государственной власти, органов местного самоуправления отвечающих за политику в сфере экономики, регионального развития, налогообложения, исследований, образования, транспорта¹⁰⁴². Координация между задействованными органами власти и субъектами кластерной политики происходит на национальном, региональном, местном уровнях. Такая координация должна сопровождаться на основном уровне кластерной политики (формирование под кластеры макроэкономической политики, инфраструктурной политики, особого администрирования) и специальными программами финансирования (прямая и косвенная финансовая поддержка кластера).

В немногочисленных иностранных публикациях по кластерной тематике, затрагивающих правовую сторону вопроса, можно найти примеры к использованию образовательного потенциала кластера.

Во-первых, «школьный кластер», который рассматривается как механизм для качественных изменений в образовательном процессе, способ распределения ресурсов и взаимодействия между школами¹⁰⁴³. Школьный кластер представляет группу школ, объединившуюся для административных и образовательных целей¹⁰⁴⁴. Такой кластер является одним из способов реализации стратегии децентрализации в сфере образования, необходимой для улучшения эффективности использования ограниченных финансовых и иных ресурсов. Вместе с тем, школьный кластер, по мнению некоторых авторов¹⁰⁴⁵, является

¹⁰⁴² Let's make a perfect cluster policy and cluster programme. Smart recommendations for policy makers. Berlin/Copenhagen, 2012. P. 20.

¹⁰⁴³ Arnaldo Pellini and Kurt Bredenberg. Basic education clusters in Cambodia: looking at the future while learning from the past // Development in Practice. 2015. Vol. 25. № 3. P. 419.

¹⁰⁴⁴ Bray, M. 1987. School Clusters in the Third World: Making Them Work, Digest N. 23, Paris: UNESCO/UNICEF. P. 7.

¹⁰⁴⁵ Pellini, A. and Bredenberg, K. Basic education clusters in Cambodia: looking at the future

прекрасным примером для выявления преимуществ децентрализованной образовательной системы. Связь кластера и децентрализация раскрывается благодаря потребности первого в наименее бюрократизированной социальной среде, вне доступа к которой он является нежизнеспособным. Причины для создания школьных кластеров были представлены в научной литературе относительно давно¹⁰⁴⁶, и основная из них заключается в том, что кластеры позволяют усилить эффективность управления в сфере образования за счёт распределения ресурсов в условиях бедной ресурсами среды. Школьный кластер позволяет увеличить эффективность передачи информации в образовательной системе от кластера «ниже» (потому что кластер является полезным посредником между органами власти и школами) или «выше» (кластер позволяет собирать и обобщать информацию, поступающую от школ-участников). Также присутствует экономическая причина, поскольку школьный кластер может повысить эффективность использования выделяемых бюджетных средств, улучшая качество работы, распределяя такие ресурсы как помещения, оборудование, материалы для образовательного процесса, специализированных преподавателей. Педагогическая причина заключается в том, что школьный кластер предоставляет многообразие связей для повышения преподавателями своих компетенций через дискуссии, обмен опытом и специальную (дополнительную) подготовку. Административная причина обусловлена возможностью школьного кластера обеспечивать принятие более обоснованных решений в соответствии с локальными потребностями и проблемами. Как мы отмечали ранее, школьный кластер представляет децентрализованную, менее бюрократическую, приближенную к исполнителям систему принятия решений. Наконец, последней является социальная причина – школьный кластер помогает установить связь между родителями и школами по поводу вопросов образовательного процесса.

На протяжении цикла существования школьный кластер могут преследовать три основных фактора риска¹⁰⁴⁷: (1) недостаточное ресурсное обеспечение; (2) слабые связи между структурой школьного кластера и административной структурой по управлению образования; (3) вышестоящие над кластером структуры, которые никогда не работают хорошо, даже на пилотной стадии. Помочь преодолеть отмеченные факторы могут условия, использование которых позволяет успешно развиваться кластеру. Во-первых, наличие согласия

while learning from the past // *Development in Practice*. 2015. Vol. 25. № 3. P. 420.

¹⁰⁴⁶ Bray, M. 1987. *School Clusters in the Third World: Making Them Work*, Digest N. 23, Paris: UNESCO/UNICEF; Shaeffer S., and E. Abracia. 1994. "Synthesis of Information on School Clusters: Bangladesh, Cambodia, China, Laos, Myanmar, Papua New Guinea, the Philippines and Viet Nam." Paper presented at the 1994 Conference on Managing Schools for Better Quality: Multigrade Teaching and School Clusters, Bangkok, November 28–December 2.

¹⁰⁴⁷ Bredenberg, K. 2000. *Can School Clustering Enhance Educational Effectiveness?* Kampong Chham: Kampuchean Action for Primary Education.

между учредителями по поводу целей и задач кластера. Во-вторых, созданному кластеру нужно преследовать качество оказываемых услуг, а не надеяться на аффилиацию с органами публичной власти. В-третьих, необходимо использовать доступ к государственному или местному финансированию.

Во-вторых, в иностранной научной литературе редко, но выделяется непосредственно «**образовательный кластер**»¹⁰⁴⁸. Кластер в этом случае представляет собой коллективного субъекта и их эффективность может раскрываться только **благодаря коллективному соглашению** и взаимодействию его членов. Такой кластер выполняет роль проводника информации между правительством и субъектами образовательного сектора и наиболее значительные черты кластера заключаются в децентрализации управления и операционного менеджмента и автономии университетов¹⁰⁴⁹.

В-третьих, необходимо отметить, что «**промышленные кластеры**» также включают в себя образовательную компоненту и поэтому могут также являться образовательными кластерами. Ряд авторов¹⁰⁵⁰ предлагает рассматривать в качестве промышленного кластера агломерацию больших и малых компаний на определённой территории. Суммируя различные определения¹⁰⁵¹, промышленные кластеры могут быть также рассмотрены как группа связанных компаний, профессиональных поставщиков, в том числе услуг, связанных между собой компаний, и других взаимосвязанных институтов, каждый из которых связан с другими для сохранения прибавочной стоимости.

Суммируя представленные в научной литературе подходы, образовательные кластеры имеют множество преимуществ, в числе которых:

1. Рост региональной экономики и привлечение инвестиций в регион;
2. Качественная поддержка социальных структур общества;
3. Более эффективное взаимодействие между публичным и частным субъектами;
4. Улучшение эффективности в малом и среднем бизнесе;
5. Возможность получить опыт функционирования на рынке, местные инновации, и технологический прогресс;
6. Сделать образовательный процесс зависящим от внутренних факторов, развивающим новые компетенции, профессиональной и эффективной ча-

¹⁰⁴⁸ The education cluster in Pakistan. FMR 29. P. 41.

¹⁰⁴⁹ Innovation in a Small State: Qatar and the IBC Cluster Model of Higher Education // The Muslim World Volume 105. January 2015. P. 111.

¹⁰⁵⁰ Raghavendra, N.V., and Prabhakara, S.S. Do Industrial Clusters Foster Technological Capability: A Comparative Study of Small and Large Scale Firms in Bangalore Machine Tool Cluster // Proceedings of the World Congress on Engineering and Computer Science 2013 Vol II.

¹⁰⁵¹ The Study of Industrial Clusters Performance in Islamic Republic of Iran (The Case Study of Yazd Textile Industrial Cluster) // International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences January 2012. Vol. 2. №. 1. P. 46.

стью рынка труда, использовать внутренние резервы, снижение издержек, устранение или снижение ограничений на участие в рыночной деятельности.

7. Простой и быстрый способ доступа к специальным ресурсам;

8. Экономическое обоснование установления и укрепления услуг и существование центров поддержки в различных сферах, таких как маркетинг, исследовательские центры, консультационные финансовые центры.

Т.М. Киселева

Право на Интернет в современном мире: признание и отдельные проблемы реализации

Развитие общественных отношений на современном этапе не может не оказывать влияние на правопонимание, при этом изменяются не только подходы к пониманию сущности права в целом, но и к пониманию конкретных субъективных прав. Выражается это в том, что в современном мире получают признание новые субъективные права и приобретают новое содержание права и свободы личности, закрепленные и гарантированные продолжительное время.

Так, например, можно говорить о появлении такого субъективного права как право на глобальную компьютерную сеть интернет. В частности, Совет по правам человека ООН рассматривает доступ к сети интернет как базовое право граждан, указывая на его основополагающий характер для осуществления иных прав¹⁰⁵².

Вне всякого сомнения, в настоящий момент интернет приобретает все большее значение в различных сферах жизнедеятельности. Сеть интернет активно используется не только частными лицами, но и государством. Одной из обязанностей государственных органов в Республике Беларусь и в Российской Федерации является создание и ведение официальных сайтов, размещение на них важной и актуальной информации о деятельности соответствующих органов. Граждане, посредством использования сети интернет, получают все больше возможностей в сфере взаимодействия с государственными органами, организациями и должностными лицами. Развивается система государственных электронных услуг, предоставляемых с помощью указанной глобальной сети. Наблюдаемая тенденция является результатом развития информационных технологий и их активным внедрением в различные сферы жизни. Использование таких технологий государством определяет новый этап во взаимодействии гос-

¹⁰⁵² Резолюция Совета по правам человека № 26/13 от 20 июня 2014 г. «Поощрение, защита и осуществление прав человека в Интернет». Режим доступа: <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5583e0004> (Дата обращения: 20.07.2016 г.)

ударства и общества, когда игнорировать право на интернет не представляется возможным.

При этом необходимо отметить, что как и сама сеть интернет представляет собой сложное явление, так и право на интернет имеет не менее сложное содержание. Полагаем, что право на интернет следует рассматривать в широком и узком смыслах. В широком смысле такое право подразумевает возможность получения, передачи и распространения официальной и неофициальной информации, совершения различных действий с помощью сети интернет, а также гарантированный доступ к данной сети. В узком смысле право на интернет можно рассматривать как гарантированную государством возможность получения доступа к сети интернет либо защиту от незаконного ограничения в таком доступе.

На наш взгляд, широкий подход более полно отражает сущность права на интернет, так как получение доступа к сети интернет само по себе в большинстве случаев выступает средством реализации иных прав: права на информацию, обращения, участие в управлении делами государства, образование, труд, на свободу мнений, свободу творчества и т.д. Узкий подход не в полной мере раскрывает сущность данного права, хотя необходимо признать, что без обеспечения доступа к сети интернет говорить о реализации указанного права невозможно в принципе. Поэтому обеспечение доступа к сети интернет является важным элементом рассматриваемого нами права.

Если говорить о праве на интернет в Республике Беларусь, то прямо данное право закрепления в законодательстве не получило, хотя анализ нормативных правовых актов позволяет сделать вывод о признании его отдельных элементов. Например, государством гарантируется размещение в сети интернет информации о деятельности государственных органов¹⁰⁵³, обеспечивается возможность направления электронных обращений¹⁰⁵⁴, развивается система электронных государственных услуг¹⁰⁵⁵. При этом доступ к сети интернет заинтересованных лиц не гарантируется, однако устанавливается возможность его ограничения. Установление подобных ограничений можно рассматривать в качестве одной из гарантий доступа к сети интернет, так как закрепляемый перечень предполагает, что ограничение доступа к сети интернет в других случаях недопустимо.

¹⁰⁵³ См.: О мерах по совершенствованию использования национального сегмента сети Интернет: Указ Президента Республики Беларусь, 1 февр. 2010 г., № 60 : в ред. от 23 янв. 2014 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2016.

¹⁰⁵⁴ См.: Об обращениях граждан и юридических лиц: Закон Респ. Беларусь, 18 июля 2011 г., № 300-З: с изм. и доп. от 15 июля 2015 г. № 306-З // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2016.

¹⁰⁵⁵ См.: Единый портал электронных услуг // <https://portal.gov.by/PortalGovBy/faces/home> (Дата обращения: 31.07.2016 г.).

Так, положением о порядке ограничения доступа к информационным ресурсам (их составным частям), размещенных в глобальной компьютерной сети Интернет, утвержденным постановлением Оперативно-аналитического центра при Президенте Республики Беларусь и Министерства связи и информатизации Республики Беларусь от 19 февраля 2015 г. № 6/8, устанавливается порядок ограничения доступа к определенным Интернет-ресурсам. Причинами ограничения доступа может стать размещение на ресурсе информационных сообщений и (или) материалов, направленных на незаконный оборот наркотиков, либо иной информации, запрещенной или ограниченной к распространению в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь, а также вступившими в законную силу решениями суда, не выполнение законного требования государственного органа об устранении нарушений законодательства Республики Беларусь о средствах массовой информации, а также в случае вынесения владельцам ресурса в течение года два и более письменных предупреждения Министерства информации¹⁰⁵⁶. Как видно, ограничение доступа к сети интернет государством осуществляется путем воздействия на сам ресурс, а не на его пользователей.

Ограничение доступа к сети интернет конкретных пользователей также возможно, оно может иметь место в рамках частных отношений. К примеру, ограничение доступа к сети интернет нанимателем своих работников, ограничение доступа родителями своих несовершеннолетних детей и т.п. Так, установить ограничения по использованию сети интернет, закрывая доступ к потенциально опасным сайтам, родители могут с помощью услуги «родительский контроль», предоставляемой организациями, осуществляющими услуги по доступу к сети интернет. «Родительский контроль» представляет собой блокировку (фильтрацию) нежелательного контента, то есть содержимого Интернет-ресурсов, которая осуществляется с помощью системы FortiGuard®. Данная система устанавливает блокировку к тем Интернет-ресурсам, которые представляют угрозу безопасности для компьютера (вредоносные веб-сайты, спам и т.п.), либо распространяют информацию уголовного характера (наркомания, хакерство, нелегальные или аморальные действия, насилие и т.п.) и Интернет-ресурсы для взрослых (азартные игры, порнография, оружие, алкоголь и т.п.). Недостатком такой системы является то обстоятельство, что сами родители не могут определять Интернет-ресурсы, которые они считают небезопасными, и ограничивать доступ к ним своих детей.

¹⁰⁵⁶ Положение о порядке ограничения доступа к информационным ресурсам (их составным частям), размещенным в глобальной компьютерной сети Интернет: утв. постановлением Оперативно-аналитического центра при Президенте Республики Беларусь и Министерства связи и информатизации Республики Беларусь, 19 февр. 2015 г., № 6/8 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2016.

На наш взгляд, подобные ограничения не могут рассматриваться как нарушение права пользователей на доступ к сети интернет, так как в большинстве случаев они имеют своей целью защиту прав самих пользователей, а также иных лиц.

Как уже отмечалось выше, право на интернет должно рассматриваться не только как гарантия со стороны государства доступа к данной сети, но и как возможность свободного использования сети интернет или возможность отказаться от ее использования. Это связано с тем, что право на интернет следует рассматривать как любое субъективное право, включающее в себя три правомочия: право совершать определенные действия, воздержаться от их совершения и право требовать определённых действий от иных лиц. При этом зачастую в отношении права на интернет на первый план выходит именно проблема доступа к данной сети, существование различных ограничений со стороны государства по ее использованию. Однако на наш взгляд не менее важным вопросом является такой аспект свободного использования сети интернет как возможность отказаться от ее использования.

Государство вправе устанавливать правила поведения в обществе, в том числе определять способы осуществления прав и исполнения обязанностей. При этом такие способы должны быть не только наиболее приемлемыми, по мнению государства, но и реально осуществимыми. Невозможно возлагать обязанность, не установив четкую и исполнимую всеми членами общества процедуру ее исполнения. Не может признаваться в полной мере обеспечение права, если его осуществление становится невозможным на практике для определенного круга лиц.

Данные очевидные требования приобретают новое пополнение в связи с развитием информационных технологий. Использование таких технологий при осуществлении прав и исполнении обязанностей является закономерным, выступает отражением тенденций развития современного общества. Но с другой стороны, стимулирование использования сети интернет может быть связано с рядом проблем.

Следует сразу отметить, что необходимо рассматривать в качестве самостоятельных вопросов использование сети интернет частными лицами и государством. Как уже отмечалось выше, для государственных органов и отдельных организаций устанавливается обязанность по созданию и ведению официальных сайтов в сети интернет. В данном случае, использование интернета является обязанностью. Кроме того, считаем, что государство, расширяя практику использования информационных технологий при исполнении функций государства, тем самым принимает на себя обязанность использовать сеть интернет. Что обозначает такая обязанность на практике? В первую очередь она определяет соответствующие требования к государственным служащим и иным ра-

ботникам, непосредственно участвующих в осуществлении государственных функций. Данные лица должны обладать достаточным уровнем знаний для самостоятельного использования сети интернет в пределах, необходимых для исполнения ими своих полномочий.

Что касается частных лиц, то использование сети интернет, по общему правилу, является их правом, а не обязанностью. Однако фактически в отдельных случаях использование сети интернет в Республике Беларусь превращается в обязанность в связи с отсутствием альтернативы. Так, например, единственным источником официального опубликования нормативных правовых актов является Национальный правовой портал, что подразумевает наличие доступа к сети интернет и готовность использования данной сети большей частью населения. Однако в действительности в 2014 году по данным Национального статистического комитета Республики Беларусь услугами сети Интернет пользовались 59 % населения в возрасте 6 лет и старше¹⁰⁵⁷. При этом следует учитывать, что определенная группа населения не имеет необходимых знаний, чтобы получить доступ к правовой информации с помощью сети интернет.

По названным выше причинам поспешным представляется установление с 1 октября 2015 года исключительно электронного способа предварительной записи для подачи заявления на регистрацию брака в торжественной обстановке. Отсутствие альтернативных вариантов записи (запись на личном приеме или по телефону) приведет к усложнению процедуры для заявителей, не обладающими специальными знаниями и возможностями.

В целях обеспечения реализации права на интернет всеми членами общества государство должно учитывать проблемы цифрового неравенства, отсутствия доверия населения к информационным технологиям, а также проблему технической оснащенности государственных органов и организаций.

Цифровое неравенство можно рассматривать как отсутствие у определенной части населения возможности свободно использовать современные технологии для получения и передачи различной информации, осуществления своих прав и исполнения обязанностей. Такая проблема возникает в связи с существованием категорий лиц, которые по объективным причинам не имеют возможности использовать сеть интернет: в силу преклонного возраста, отсутствия специального образования и возможности его получить, отсутствия технических средств и т.д.

Еще одним значимым препятствием для реализации права на интернет является проблема доверия к сети интернет и информационным технологиям

¹⁰⁵⁷Об использовании информационно-коммуникационных технологий в 2014 году // Национальный статистический комитет Республики Беларусь. – Режим доступа: http://belstat.gov.by/ofitsialnaya-statistika/otrasli-statistiki/uslugi/informatsionno-kommunikatsionnye-uslugi_2/operativnye-dannye_11/ob-ispolzovanii-informatsionno-kommunikatsionnyh-tehnologii-v-respublike-belarus-v-2014-godu/ (Дата обращения: 04.09.2015 г.).

среди населения. В отдельных случаях граждане, даже имея возможность использовать интернет или иные информационных технологии, сознательно отказываются от такой возможности, так как не доверяют им. Как отмечается в литературе, одним из способов решения указанной проблемы является развитие информационных технологий, массовое их использование государством¹⁰⁵⁸. Однако необходимо обеспечивать функционирование таких технологий на высоком уровне, а также исключить случаи их внедрение без предварительной подготовки и оценки эффективности их применения.

В литературе выдвигалось предложение взять белорусскому государству на себя решение задачи по обеспечению реального доступа к сети интернет для граждан. Так, М.С. Абламейко предложила оказывать государственные информационные услуги гражданам в специализированных центрах (региональных пунктах) информационного обслуживания населения, «являющихся, по сути, пунктами коллективного доступа к интегрированным ресурсам, в которых «под одной крышей» может быть предоставлен весь набор информационных услуг, включающий как оказание индивидуальных услуг, так и проведение мероприятий для больших групп респондентов»¹⁰⁵⁹. Считаем, что создание подобных специализированных структур либо оказание соответствующей помощи квалифицированными работниками на базе местных органов власти стало бы реальным и ощутимым шагом в признании права на интернет в Республике Беларусь.

Проблема технической оснащённости государственных органов и организаций имеет несколько иной характер, так как в данном случае государство устанавливает требования по использованию сети интернет в отношении самого себя. Однако при этом реализация права и обязанности по использованию сети интернет государством не должно приводить к увеличению государственного аппарата за счет создания новых должностей или структур. Существует проблема использования государственными служащими сети интернет, которая связана с невысоким уровнем их подготовки в данной сфере. В связи с этим необходимым является повышение квалификации государственных служащих в сфере использования информационных технологий, а также практическая проверка уровня соответствующих знаний в процессе сдачи экзамена при поступлении на государственную службу.

Анализ законодательства Российской Федерации позволяет прийти к выводу, что реализация права на интернет в России получила более подробную регламентацию, чем в Республике Беларусь. В Российской Федерации так же,

¹⁰⁵⁸См.: Миндрова Е. А. Коллизия права граждан на доступ к информации и права на неприкосновенность частной жизни в условиях информационного общества. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.42.

¹⁰⁵⁹Абламейко М. С. Правовые проблемы построения информационного общества в Республике Беларусь: теория и практика. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2012. С.6.

как и в Республике Беларусь, закреплена обязанность государственных органов и органов местного самоуправления информировать граждан о своей деятельности, используя для этой цели сеть интернет. Такая обязанность установлена Федеральным Законом от 9 февраля 2009 г. «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»¹⁰⁶⁰. Кроме того, указами Президента Российской Федерации определяется перечень информации о деятельности конкретных министерств, управлений, служб и т.п., которая должна быть распространена с использованием сети интернет.

Российским законодателем уделяется много внимания вопросам ограничения доступа к сети интернет. Ограничение доступа, согласно Федеральному Закону от 27 июля 2006 г. «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», осуществляется путем блокировки сайтов или страниц в сети интернет, которые распространяют информацию, запрещенную законом (например, содержащую призывы к массовым беспорядкам, осуществлению экстремистской деятельности т.д.), или с нарушением авторских и (или) прав, или с нарушением законодательства о персональных данных¹⁰⁶¹.

Кроме этого, законодательством Российской Федерации регулируются и иные вопросы использования сети интернет. Например, Федеральным Законом «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» определен правовой статус такого участника отношений по использованию сети интернет как блогера, т.е. владельца сайта и (или) страницы сайта в сети интернет, на которых размещается общедоступная информация и доступ к которым в течение суток составляет более трех тысяч пользователей сети интернет. Данным законом устанавливается обязанность организатора распространения информации в сети интернет, т.е. лица, осуществляющего деятельность по обеспечению функционирования информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин, которые предназначены и (или) используются для приема, передачи, доставки и (или) обработки электронных сообщений пользователей сети интернет, по хранению сведений о передаче сообщений с помощью сети интернет, а также текста самих сообщений определенный срок и предоставление таких сведений уполномоченным органам. Федеральный Закон от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе Российской Федерации» устанавливает обязанность для гражданских служащих, а также лиц, претендующих на замещение соответствующих должностей,

¹⁰⁶⁰ Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления: Федер. закон, 9 февр. 2009 г., № 8-ФЗ: с изм. и доп. от 09.03.2016 г. // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2016.

¹⁰⁶¹ Об информации, информационных технологиях и о защите информации: Федер. закон, 27 июля 2006 г., № 149-ФЗ: с изм. и доп. от 06.07.2016 г. // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2016.

по предоставлению нанимателю сведений о сайтах или страницах в сети интернет, на которых они размещали общедоступную информацию, а также данные, позволяющие их идентифицировать¹⁰⁶².

Необходимо отметить, что в российском законодательстве получила закрепление важная норма, создающая основу для обеспечения фактического доступа к сети интернет. Пункт 2 статьи 10 Федерального Закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» определяет, что в целях обеспечения права неограниченного круга лиц на доступ к информации, получение которой гарантировано указанным законом, в местах, доступных для пользователей информацией (в помещениях государственных органов, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных библиотек, других доступных для посещения местах), создаются пункты подключения к сети интернет. Реализация данной нормы позволит решить проблему цифрового неравенства и обеспечить осуществление права на интернет различными слоями населения, при условии, что будет обеспечен не только доступ, но и помощь в использовании данной сети. Признание такой проблемы со стороны государства уже делает возможным ее разрешение.

Таким образом, одним из новых субъективных прав, требующих признания и обеспечения государствами, является право на глобальную компьютерную сеть интернет. В широком смысле такое право подразумевает возможность получения, передачи и распространения официальной и неофициальной информации, совершения различных действий с помощью сети интернет, а также гарантированный доступ к данной сети. В узком смысле право на интернет можно рассматривать как гарантированную государством возможность получения доступа к сети интернет либо защиту от незаконного ограничения в таком доступе. Реализация права на интернет включает несколько аспектов: законное ограничение доступа к сети интернет, обеспечение реальной возможности использовать данную сеть и возможности отказаться от ее использования.

Анализ законодательства Республики Беларусь и Российской Федерации показывает, что данное право получало косвенное закрепление. При этом, если в Республике Беларусь больше внимания уделяется проблеме ограничения доступа к сети интернет и обязанности государственных органов распространять информацию о своей деятельности в сети интернет, то в Российской Федерации данные вопросы урегулированы более подробно, а также закрепляются права и обязанности отдельных участников отношений, связанных с использованием сети интернет (например, блогеров).

¹⁰⁶² О государственной гражданской службе Российской Федерации: Федер. закон, 27 июля 2004 г., № 79-ФЗ: с изм. и доп. от 03.07.2016 г. // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2016.

При внедрении сети интернет в отношения человек-государство государству следует принимать во внимание возможности и готовность граждан использовать данную сеть, быть готовым оказывать содействие в использовании сети интернет определённым категориям граждан. Также не следует в ближайшие годы отказываться от альтернативных способов осуществления прав и исполнения обязанностей, не предусматривающих использование сети интернет или иных информационных технологий, хотя и допускаем, что в будущем использование сети интернет может стать обязанностью каждого. Следует помнить, что право на интернет подразумевает возможность отказаться от его использования.

Е.Г. Шадрина

**Влияние правовых позиций Конституционного Суда РФ
на правопонимание и процесс правоприменения
(на примере содержания под стражей)**

Конституция РФ 1993 года как Основной закон государства провозгласила, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения¹⁰⁶³.

Данные нормы в Конституции РФ появились не случайно. Россия как полноправный член мирового сообщества ратифицировала ряд международных документов о правах человека и гражданина, а также стала правопреемником СССР по данному вопросу. Наиболее значимые из них: Устав ООН (1946 г.), Всеобщая декларация прав человека (1948 г.), Декларация об основных принципах международного права (1970 г.), Международный пакт о гражданских и политических правах (1976 г.), Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека (1995 г.) и др.

До принятия Конституции РФ 1993 г., воспринявшей нормы международного права, права и свободы человека не рассматривались правоприменителями в качестве правовой основы для рассмотрения дел в судах и других правоприменительных органах. Применялись только положения законов и других нормативных актов; отсутствовал механизм проверки законодательных актов

¹⁰⁶³ Конституция Российской Федерации Конституция Российской Федерации. Принята Всеобщим голосованием 12 декабря 1993 г. (с поправками от 30.12.2008 г. 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. 7-ФКЗ, от 05.02.2014 2-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

на предмет соответствия Конституции (конституционного контроля). Несмотря на появление органа конституционного контроля и признание основных прав человека и гражданина непосредственными действующими, в настоящее время наблюдаются факты несоответствия содержания законов конституционным нормам. Данное обстоятельство порождает возникновение отношений между человеком и государством по судебной защите конституционных прав. В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Судебная защита прав и свобод человека и гражданина - наиболее эффективное средство восстановления нарушенных прав. Определенное Конституцией РФ место судебной власти, обеспечивающее ее самостоятельность и независимость, делают суд доступным для каждого человека органом правовой защиты личности, ее прав и законных интересов.

В соответствии с Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹⁰⁶⁴ в Российской Федерации действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Российской Федерации, составляющие судебную систему Российской Федерации и объективно способные защитить права и свободы человека и гражданина вне зависимости от сферы их нарушения.

Основное место среди них занимает Конституционный Суд Российской Федерации, который через механизм судебного конституционного контроля обеспечивает реализацию стратегических, фундаментальных для общества целей: защиту прав и свобод граждан, основ конституционного строя, права и законности. Деятельность Конституционного Суда Российской Федерации способствует демократическому обновлению российского законодательства, регулирующего права и свободы, и формированию соответствующей ему правоприменительной практики.

Уголовный закон в наибольшей степени ограничивает права и свободы граждан, поскольку регулирует отношения, связанные с совершением правонарушения, обладающего самой высокой степенью общественной опасности, - преступления. Данным обстоятельством обусловлена и система уголовных наказаний, которая включает в себя такие строгие наказания как лишение свободы на длительный срок, а также пожизненное лишение свободы. В процессе предварительного расследования, судебного рассмотрения и разрешения уголовных дел уполномоченные государственные органы и должностные лица в пределах компетенции и в соответствии с нормами уголовно-процессуального закона могут применять меры по ограничению конституционных прав и свобод человека. Данное положение соответствует п. 3 ст. 55

¹⁰⁶⁴ Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 N 1-ФКЗ (ред. от 05.02.2014 г.) «О судебной системе Российской Федерации» // Справочно-правовая система Консультант-Плюс. Режим доступа: <http://base.consultant.ru/> (Дата обращения: 01.07.2016 г.).

Конституции РФ, согласно которому права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В частности, в целях предотвращения сокрытия от органов предварительного расследования и суда, пресечения дальнейшей преступной и иной противоправной, воспрепятствующей производству по уголовному делу, деятельности, а также для обеспечения исполнения приговора, в отношении подозреваемого и обвиняемого может быть избрана мера пресечения, в том числе и заключение лица под стражу. УПК РФ регламентирует основания, процессуальный порядок и сроки содержания лица под стражей, а также закрепляет право подозреваемого, обвиняемого участвовать при решении вопроса об избрании в отношении него меры пресечения в виде заключения под стражу, продлении срока содержания под стражей и высказать свои доводы по рассматриваемому вопросу. Исключением из названного правила является случаи, указанные в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога», в котором разъяснено судам следующее: «Установленное частью 4 статьи 108 и частью 13 статьи 109 УПК РФ общее правило, согласно которому вопросы об избрании заключения под стражу в качестве меры пресечения и о продлении срока ее действия рассматриваются судом в судебном заседании с обязательным участием подозреваемого, обвиняемого, имеет исключения. В частности, суд вправе в отсутствие лица:

а) принять решение об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении обвиняемого, объявленного в международный розыск (часть 5 статьи 108 УПК РФ);

б) избрать данную меру пресечения в отношении не содержащегося под стражей обвиняемого, который скрылся от суда (часть 2 статьи 238 УПК РФ), при условии, что данный факт с достоверностью установлен судом;

в) рассмотреть вопрос о продлении срока содержания под стражей в отношении находящегося на стационарной судебно-психиатрической экспертизе обвиняемого, психическое состояние которого исключает его личное участие в судебном заседании, или при наличии иных документально подтвержденных обстоятельств, исключающих возможность доставления обвиняемого в суд (часть 13 статьи 109 УПК РФ);

г) избрать данную меру пресечения при рассмотрении уголовного дела в суде вышестоящей инстанции, когда осужденный, должным образом извещенный о дате, времени и месте судебного заседания, отказался от участия в заседании суда, который избирает эту меру пресечения.

При рассмотрении судом первой инстанции вопросов об избрании заключения под стражу и о продлении срока действия этой меры пресечения в отсутствие подозреваемого, обвиняемого в судебном заседании обязательно участие защитника»¹⁰⁶⁵.

Несмотря на гарантированные ст.ст. 33, 46, 48 Конституции РФ права человека и гражданина, нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в ряде случаев допускают их ограничение, которое не соответствует положениям п. 3 ст. 55 Основного закона. Так, в соответствии с п. 6 ст. 231 УПК РФ вопрос о мере пресечения, за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу, разрешается судьей в постановлении о назначении судебного заседания без проведения предварительного слушания. На основании данной нормы судьи при назначении судебного заседания по уголовному делу принимали решение об оставлении без изменения ранее избранной в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу и ее продлении в отсутствие него и его защитника.

Данное обстоятельство стало предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, поскольку п. 6 ч. 2 ст. 231 УПК РФ, как лишающий обвиняемого и его защитника возможности участвовать в процедуре разрешения судьей на стадии подготовки дела к судебному заседанию вопроса об оставлении без изменения и продлении меры пресечения в виде заключения под стражу, избранной на предварительном следствии, и не позволяющий довести до суда позицию обвиняемого по данному вопросу, нарушает конституционные права и свободы, закрепленные ч. 2 ст. 22, ч. 2 ст. 46 и ч. 2 ст. 48 Конституции РФ. Конституционный Суд РФ в определении от 8 апреля 2004 г. № 132-О «По жалобе гражданина Горского Анатолия Вадимовича на нарушение его конституционных прав пунктом 6 части второй статьи 231 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указал следующее: «... как вытекает из положений статей 22, 46 (часть 1), 48, 118, 120, 123 (части 1, 2 и 3) Конституции Российской Федерации в их взаимосвязи, суд как орган правосудия призван обеспечить справедливую процедуру принятия решения о применении к лицу, в отношении которого осуществляется уголовное преследование, меры пресечения в виде заключения под стражу, что предполагает в том числе обеспечение одинаковых по своей природе судебных гарантий защиты прав и законных интересов личности при принятии решений, связанных с ограничением свободы и личной неприкосновенности. В силу названных конституционных положений пункт 6 части второй статьи 231 УПК РФ не может толковаться как допускающий пониженный уро-

¹⁰⁶⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» (ред. от 24.05.2016 г.) // Российская газета. 2013. № 294. 27 декабря.

вень гарантий прав обвиняемого в процедуре принятия судом решения, влекущего продление меры пресечения в виде заключения под стражу на стадии подготовки к судебному заседанию»¹⁰⁶⁶.

Одной из необходимых гарантий судебной защиты и справедливости судебного разбирательства является предоставляемая сторонам реальная возможность довести свою позицию относительно всех аспектов дела до сведения суда. Отсюда следует, что лицу - вне зависимости от его уголовно-процессуального статуса (подозреваемый, обвиняемый, подсудимый) - во всяком случае должна быть предоставлена возможность довести до сведения суда свою точку зрения относительно столь важного для его судьбы вопроса, как продолжение пребывания под стражей. Иное являлось бы, помимо прочего, нарушением конституционного принципа состязательности: судье в отсутствие возможности выслушать позицию обвиняемого и его защитника пришлось бы разрешать вопрос о содержании обвиняемого под стражей исключительно на основе аргументов, изложенных в обвинительном заключении, ходатайстве прокурора, следователя, дознавателя или в ранее вынесенном постановлении судьи об избрании меры пресечения, т.е. по существу отказаться от проверки обоснованности дальнейшего применения ранее избранной меры пресечения исходя из собственной самостоятельной оценки обстоятельств по делу.

Итогом рассмотрения данного вопроса в Конституционном Суде РФ стало следующее разъяснение: «Пункт 6 части второй статьи 231 УПК РФ в части, предусматривающей разрешение судьей в постановлении о назначении судебного заседания вопроса о мере пресечения, по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего уголовно-процессуального регулирования предполагает необходимость обеспечения обвиняемому - в случае принятия решения об оставлении без изменения и тем самым о фактическом продлении меры пресечения в виде заключения под стражу - права участвовать в рассмотрении судом данного вопроса, изложить свою позицию и представить в ее подтверждение необходимые доказательства»¹⁰⁶⁷.

Несмотря на разъяснение Конституционного Суда РФ, законодатель еще длительное время не закреплял механизм разрешения вопроса на стадии подготовки к судебному разбирательству с участием обвиняемого в УПК РФ. Законодательное урегулирование данный вопрос получил спустя 7 лет после объяв-

¹⁰⁶⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. № 132-О «По жалобе гражданина Горского Анатолия Вадимовича на нарушение его конституционных прав пунктом 6 части второй статьи 231 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 24. Ст. 2477.

¹⁰⁶⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. № 132-О «По жалобе гражданина Горского Анатолия Вадимовича на нарушение его конституционных прав пунктом 6 части второй статьи 231 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 24. Ст. 2477.

ления правовых позиций Конституционным Судом РФ, а именно, Федеральным законом от 05.06.2012 № 53-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»¹⁰⁶⁸.

Таким образом, в силу п. 6 ст. 125 Конституции РФ данная норма была признана неконституционной, утратила силу, а рассматриваемый вопрос регулировался согласно правовым позициям Конституционного Суда РФ. Действительно, Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории РФ (ст. 15). Законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые в России, не должны противоречить федеральной Конституции, т.е. отступать от заложенного в ней содержания. Все подзаконные акты - указы Президента, акты Правительства, министерств, ведомств, органов государственной власти субъектов Федерации, местного самоуправления, правоприменительные акты государственных учреждений, предприятий, общественных и религиозных объединений должны базироваться на Конституции. Прямое действие Конституции означает, что ее нормы действуют непосредственно, независимо от наличия актов отраслевого законодательства.

В настоящее время рассматриваемый вопрос находится под пристальным вниманием со стороны законодателя и правоприменителей. Несмотря на его законодательное регулирование в п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» разъяснено судам «При подготовке к рассмотрению уголовного дела по существу вопросы об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и о продлении срока содержания под стражей рассматриваются только в судебном заседании в порядке, установленном статьей 108 УПК РФ, а при наличии оснований, предусмотренных частью 2 статьи 229 УПК РФ, - на предварительном слушании (часть 2 статьи 228 УПК РФ). В стадии судебного разбирательства уголовного дела вопрос о мере пресечения может быть рассмотрен судом как в порядке, предусмотренном статьей 108 УПК РФ, так и в процессе рассмотрения уголовного дела по существу при условии предоставления сторонам возможности довести до суда свою позицию по этому вопросу (статья 255 УПК РФ)»¹⁰⁶⁹.

Таким образом, рассматриваемое Определение Конституционного Суда РФ, в котором п. 6 ст. 231 УПК РФ признан неконституционным, обозначило механизм обеспечения основных прав и свобод человека через непосредственное действие конституционных норм, имеющих международно-правовую при-

¹⁰⁶⁸ Федеральный закон от 05.06.2012 г. № 53-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 24. Ст. 3070.

¹⁰⁶⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2013 № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» (ред. от 24.05.2016 г.) // Российская газета. 2013. № 294. 27 декабря.

роду, и коренным образом изменило судебную практику, а в последствии и предопределило правовое регулирование.

Нами был рассмотрен один из примеров влияния правовых позиций Конституционного Суда РФ на правопонимание и правоприменение на примере уголовно-процессуального института содержания под стражей.

Социально-экономические и политические преобразования, происходящие в России, усиливают интеграцию нашей страны в правовую систему мирового сообщества. Впервые с принятием Конституции РФ 1993 г. в Основном законе был закреплён принцип приоритета международного права над правом национальным. Под воздействием процессов глобализации государствам приходится корректировать свое право и правопонимание, приспосабливаясь к современным условиям развития событий.

К.В. Карпенко

Особенности конституционного судебного толкования нормативных актов: опыт Франции и России

Потребность в толковании нормативных текстов едва ли нуждается сегодня в обосновании. Правоприменительная деятельность невозможна без ясного понимания законов, а таковое выступает условием стабильности общественных отношений в демократическом обществе. Со своей стороны юридическая безопасность субъектов права зависит от точности и однозначности формулировок государственно-властных предписаний.

Отечественная правовая доктрина пришла к осознанию необходимости судебного толкования законов более полутора веков назад¹⁰⁷⁰. Но споры о его природе, методах и целях не утихают. По всей видимости, проблема праворазъяснительной функции суда ещё далека от своего положительного разрешения. Нам представляется, что в известной степени это хороший знак, поскольку само наличие подобных сложностей исключает застой юридического быта. Нерешённые правовые проблемы содержат в себе потенциал дальнейшего развития как общества, так и государства и способствуют динамике конституционных изменений. А коль скоро задача установления методологически верных путей эволюции социальной системы всецело принадлежит юридической науке, последняя равным образом получает возможность углубить и расширить своё приращение.

Избранный нами метод сравнительного правоведения, по всей видимости, способен всего удачнее высветить заявленную тему. Продвигаясь путём сопо-

¹⁰⁷⁰ Градовский А.Д. О судебном толковании законов // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. № 1. С. 3-4.

ставления, мы сможем отыскать сходные черты в исследуемых феноменах, что, безусловно, обогатит научную проблематику новыми теоретическими и практическими сведениями. Обращение же к Франции продиктовано замечательным и на первый взгляд неожиданным превращением Конституционного совета в главного защитника законности и правопорядка в V-ой Республике. Это притом, что изначально уготованная ему роль никак не предвещала столь радикальную метаморфозу. Мы твёрдо держимся мнения, что опыт Франции в деле становления конституционной юстиции чрезвычайно полезен и для нашей страны, где Конституционный Суд ещё далеко не обладает тем авторитетом, коего заслуживает.

Правовой институт конституционного судебного толкования традиционно реализуется в двух взаимодополняющих направлениях: выявление истинного смысла предписаний Основного закона и разъяснение его положений в связи с проверкой конституционности актов текущего законодательства. Первое направление называется, как известно, нормативным толкованием, второе – казуальным¹⁰⁷¹. Но в обоих случаях речь идёт о тексте Основного закона государства, понимание которого подвергается известной правке. Главный вопрос, следовательно, заключается в выяснении масштабов интерпретационной корректировки конституции¹⁰⁷². Иными словами способен ли субъект толкования менять текст высшего нормативного акта или же мы имеем дело лишь с необходимым приспособлением конституции к вызовам времени. Для ответа на поставленный вопрос мы последовательно рассмотрим содержание конституции во Франции и России и последствия толкования её норм.

I. Материальный состав конституционного текста.

Основной закон современной Франции, будучи, безусловно, писанным, может быть, однако, определён как неcodифицированный. Он включает в себя несколько нормативных актов и принципов, принятых и сформулированных в разное время, но обладающих одинаковой юридической силой. Французская доктрина называет эту совокупность конституционным блоком. В него входят, во-первых, действующая Конституция 1958 г., предельно краткая и, как следствие, постоянно отсылающая правоприменителя к органическому или текущему актовому материалу. Изначальная лаконичность текстуального выражения многих её предписаний объективно вызвала к жизни обильную праворазъяснительную деятельность со стороны Конституционного совета.

Во-вторых, к составным частям французского Основного закона следует отнести преамбулу действующей Конституции. Краткость и расплывчатость изложения присутствует и здесь, вследствие чего в её тексте с трудом можно

¹⁰⁷¹ Хабриева Т.Я. Толкование Конституции РФ: теория и практика. М., 1998. С. 27-28.

¹⁰⁷² Гаврилов Д.А. Конституционно-правовое толкование: понятие и содержание // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция. 2011. № 2. С.38-39.

было бы отыскать правовые нормы. Поэтому до 1971 г. юридическое значение преамбулы постоянно ставилось под сомнение. Лишь после известного решения Конституционного совета она обрела полноценное нормативное значение¹⁰⁷³. В нём Совет не только сослался на преамбулу, но и посчитал, что в её тексте содержатся некоторые основополагающие принципы, признанные законами Республики. В свою очередь эти принципы образуют фундамент государственной и общественной жизни V-ой Республики. Таким образом, на сегодняшний день преамбула Конституции 1958 г. обладает теми же свойствами, что и основной текст и пользуется такой же правовой защитой.

На третьем месте в составе конституционного блока находится преамбула Конституции IV-ой Республики 1946 г. Её конституционное значение было признано Конституционным советом в 1975 г. В этом решении отмечалось, что высшей юридической силой обладают её предписания, касающиеся национального суверенитета и правового статуса личности¹⁰⁷⁴. В частности, согласно правовой позиции Совета, содержащееся в тексте преамбулы положение о том, что Нация гарантирует каждому, в том числе и ребёнку, охрану здоровья, является основополагающим принципом, признанным законами Республики.

Четвёртым элементом конституционного блока является Декларация прав человека и гражданина 1789 г. Её конституционное значение было впервые закреплено в решении 1973 г.¹⁰⁷⁵ Многолетняя практика Конституционного совета показывает, что он рассматривает содержащиеся в ней права и свободы как естественные и неотъемлемые. Совет последовательно подтверждал конституционное значение практически всех положений Декларации 1789 г. На сегодняшний день её текст является неотъемлемой частью конституционного блока и служит для продолжения конституционной традиции, столь важной для стабильного правопорядка.

Пятым элементом конституционного блока выступает Хартия защиты окружающей среды 2004 г. Ссылка на неё была включена в преамбулу действующего Основного закона в 2005 г.¹⁰⁷⁶ В том же году Конституционный совет впервые применил её положения, когда возложил на парламент обязанность определить условия реализации принципа долгосрочного развития, который закреплён в ст. 6 Хартии¹⁰⁷⁷. В дальнейшем Совет неоднократно обращался к её

¹⁰⁷³ Décision № 71-44 DC du 16.07.1971 // Recueil de la jurisprudence constitutionnelle 1959-93. P., 1994. P. 24-25.

¹⁰⁷⁴ Décision № 75-55 DC du 15.01.1975 // Recueil... 1959-93. Paris, 1994. P. 30-31.

¹⁰⁷⁵ Décision № 73-51 DC du 27.12.1973 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 21.07.2016 г.).

¹⁰⁷⁶ Loi constitutionnelle № 2005-205 du 1.03.2005 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr> (Дата обращения: 22.07.2016 г.).

¹⁰⁷⁷ Décision № 2005-514 DC du 28.04.2005 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 24.07.2016 г.).

предписаниям, поэтому на сегодняшний день все её положения обладают конституционным значением.

Помимо вышеназванных документов материальным содержанием французской конституции охватывается и ряд принципов. Они прямо не закреплены в нормативных актах, а выводятся Конституционным советом из действующего актового материала. Французская правовая доктрина классифицирует совокупность этих принципов по нескольким группам. Прежде всего, это уже упоминавшиеся нами основополагающие принципы, признанные законами Республики. Они используются для восполнения пробелов в Декларации 1789 г. и в преамбуле Конституции 1946 г. и, следовательно, значительно усиливают дискреционные полномочия Совета.

Вторую группу образуют «политические, экономические и социальные принципы, особенно необходимые в настоящее время», как они названы в преамбуле Конституции 1946 г. Эти принципы провозглашают социально-экономические права и подтверждают социальную природу французского государства. Конституционный совет рассматривает эту группу принципов как дополняющую те фундаментальные начала, которые закреплены в Декларации 1789 г., о чём впервые говорится в решении от 16.01.1982 г.¹⁰⁷⁸

И, наконец, третья группа - общие принципы права. Они, однако, формулируются в решениях уже Государственного совета, но могут приобрести конституционное значение лишь по воле Конституционного совета. На сегодняшний день конституционным значением обладает лишь принцип обособления властей, который лежит в основе механизма осуществления власти в демократическом государстве¹⁰⁷⁹.

Все вышеуказанные элементы конституционного блока обладают учредительным характером. Они приобрели легитимность непосредственно через волеизъявление суверенной Нации. Конституционный совет лишь подтверждает их высшую юридическую силу, помещая их на одном уровне с действующим Основным законом. Однако Совет способен ограничить или расширить пределы действия предписаний блока, придать им конкретное значение или же изъять из области их применения отдельные общественные отношения. Таким образом, деятельность французского конституционного судьи не исчерпывается лишь применением закона к отдельному случаю.

Между элементами конституционного блока отсутствует иерархия. Конституционный совет применяет разные его элементы, руководствуясь потребностями и обстоятельствами рассматриваемого вопроса. Это даёт ему немалые

¹⁰⁷⁸ Décision № 82-132 DC du 16.01.1982 / Favoreu L., Philip L. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Paris, 2005. P. 427-430.

¹⁰⁷⁹ Décision № 79-104 DC du 23.05.1979 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 26.07.2016 г.).

преимущества в деле приспособления конституционных предписаний к меняющимся условиям юридического быта. Формальным же основанием судебного усмотрения Совета служит известный принцип самодостаточности Конституции¹⁰⁸⁰. Одобрив на референдуме учредительный акт V-ой Республики, граждане Франции, тем самым, априори, согласились придать конституционный характер любым правовым нормам, на которые он (акт) уже ссылается или будет ссылаться в будущем. Деятельность же Конституционного совета заключается в выявлении и толковании этих правовых норм, изначально присутствующих в конституционном блоке.

Российская конституционная действительность не отличается столь пёстрым характером. Наш учредительный акт представляет собой единый документ, хотя, при этом также достаточно лаконичный. Тем не менее, на наш взгляд в нём можно отыскать составные части, обладающие самостоятельным конституционным значением. С другой стороны, актовый материал конституционного законодательства мог бы стать источником для расширения отечественного понимания Основного закона.

Прежде всего, мы хотели бы обратить наш взор на преамбулу Конституции России. По мнению видных исследователей, она содержит исходные начала для толкования основного текста¹⁰⁸¹. В частности, она исключает государственную самоизоляцию и отступление от принципов демократического правления. Опираясь на её положения, властные учреждения должны бы действовать в видах благополучия и поступательного развития нашего Отечества. Немаловажным представляется и призыв уважать исторический путь России, со всеми его неоднозначными и порой противоречивыми событиями. Излишне, думается, подчёркивать, что в признании преемственности эпох заключается наивернейший путь к гражданскому согласию и обретению народом политической целостности.

Выделение преамбулы в качестве самостоятельной части конституционного текста, с подтверждением её аналогичной юридической силы, могло бы расширить возможности Конституционного Суда в деле укрепления фундаментальных начал российского правопорядка. При осуществлении казуального толкования Суд имел бы возможность сопоставить оспариваемую норму закона не только с текстом нашего учредительного акта, но и с идейными установками преамбулы. Ведь в ней содержатся по большому счёту цели развития России на долгосрочную перспективу. В этом смысле положения преамбулы представляют собой наиболее общее и сжатое выражение избранного исторического пути. И путь этот, очевидно, не конъюнктурный, его выбор в начале 1990-ых гг.

¹⁰⁸⁰ Хабриева Т.Я. Толкование Конституции РФ: теория и практика. М., 1998. С. 39-40.

¹⁰⁸¹ Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. М., 1997. С. 45-46.

был всё-таки обусловлен ясным общественным запросом на демократические перемены в самом широком своём представлении. Нам думается, что преамбула в полной мере сохраняет этот политико-правовой ориентир и сегодня. Широта её формулировок лишней раз подтверждает такое предположение. При этом нас не должна пугать кажущаяся политизированность тезисов преамбулы и вытекающая отсюда опасность подмены закона политическими пристрастиями. Конституционное право как отрасль в наибольшей степени подвержена влиянию политики¹⁰⁸². Но оно же и призвано внедрять в хаотичный политический процесс чёткие правила нормативности. Без них права и свободы личности стали бы лёгкой добычей неизбежных авторитарных устремлений власти, которая всегда и везде суть насилие и подавление.

Идейные и политические установки преамбулы могли бы служить преградой для предотвращения не всегда заметного перерождения текущего правопорядка. Опора на них лишь усилила бы аргументацию КС при рассмотрении законов, связанных непосредственно с ограничением прав и свобод личности.

В уже состоявшихся решениях КС РФ ссылки на преамбулу Основного закона весьма многочисленны, но на наш взгляд её интерпретационный потенциал далеко не исчерпан. Нам представляется уместным отметить постановление Суда 1998 г., по делу о толковании ч. 4 ст. 111 Конституции. Согласно правовой позиции КС из содержания преамбулы вытекает принадлежность власти в России многонациональному народу. Также содержащаяся в ней цель установления гражданского мира служит основой для организации и деятельности органов государственной власти РФ¹⁰⁸³.

Ссылка на преамбулу содержится также в постановлении КС 2000 г. по делу о проверке конституционности некоторых положений Конституции Республики Алтай. В частности отмечается, что из неё никак не следует суверенный статус республик в составе России¹⁰⁸⁴. Такая правовая позиция без сомнения укрепляет территориальное единство нашей страны.

Важным представляется и решение 2014 г., в котором Суд сослался на содержащийся в преамбуле принцип принадлежности России к мировому сообществу¹⁰⁸⁵. На сегодняшний день практически все провозглашённые в преамбуле начала в той или иной мере нашли своё отражение в решениях КС РФ. Несмотря на это, её текст нередко воспринимается как политическая декларация,

¹⁰⁸² Хабриева Т.Я. Толкование Конституции РФ: теория и практика. М., 1998. С. 74.

¹⁰⁸³ Постановление КС от 11.12.1998 № 28-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 27.07.2016 г.).

¹⁰⁸⁴ Постановление КС от 7.06.2000 № 10-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 28.07.2016 г.).

¹⁰⁸⁵ Постановление КС от 8.04.2014 № 10-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 29.07.2016 г.).

не налагающая обязательств. Нам думается, что преамбула всё-таки нуждается в однозначном утверждении её юридической силы.

Имея в виду расширение материального содержания Основного закона, нам думается, что было бы целесообразным признать конституционное значение за теми предписаниями Федеративного договора 1992 г., которые не противоречат действующей Конституции. Справедливости ради надо бы отметить, что КС периодически упоминает этот нормативный акт в мотивировочной части своих решений. Для примера назовём постановление 1993 г. по делу о проверке конституционности Указа Президента РФ от 16.09.1992 г. «Об организации управления электроэнергетическим комплексом РФ в условиях приватизации», в котором нарушение предписаний Договора приравнено к нарушению Конституции. Здесь же оба этих акта названы в качестве формальных источников права участия субъектов РФ в разграничении государственной собственности¹⁰⁸⁶. Аналогичным образом Конституция и Договор уравниваются в юридической силе ряда своих предписаний в решении от 11.05.1993 г., где сказано, что конституционно-правовой статус автономного округа может быть закреплён в них обоих¹⁰⁸⁷.

В то же время в решении 1998 г. КС очевидным образом отдал приоритет нормам Конституции перед Федеративным договором, уточнив, что вопросы лесного законодательства должны разрешаться в соответствии с предписаниями Основного закона¹⁰⁸⁸. Такое же соотношение Конституции и Договора имеется в уже упомянутом несколько выше решении от 7.06.2000 г.

Несмотря на то, что многие вопросы федеративного устройства нашей страны урегулированы Конституцией, значение Федеративного договора не следует, всё же, умалять. Если он, как полагают некоторые авторы¹⁰⁸⁹, и исчерпал свою роль, за ним, тем не менее, сохраняется историческое значение. С юридической же точки зрения договорный способ регулирования отличается большей гибкостью и позволяет конкретизировать взаимные отношения с учётом региональной специфики. Мы бы сказали, что договор в большей степени, чем закон подходит для реализации режима правовых исключений. А таковой как раз и оберегает различные особенности отдельных местностей.

Расширение материального содержания Конституции, по нашему мнению, предоставило бы КС РФ возможность модулировать производимый кон-

¹⁰⁸⁶ Постановление КС от 10.09.1993 № 15-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 29.07.2016 г.).

¹⁰⁸⁷ Постановление КС от 11.05.1993 № 9-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 31.07.2016 г.).

¹⁰⁸⁸ Постановление КС от 9.01.1998 № 1-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 2.08.2016 г.).

¹⁰⁸⁹ Черепанов В.А. О мониторинге правовых основ федеративной реформы // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 5. С.2.

троль, сделать его более разносторонним и точным. Качество проверки от этого только выиграло бы. Кроме того, это позволило бы осуществлять оценку конституционных поправок на их соответствие высшим целям (конституционным ценностям) установленного правопорядка. Тем более что допустимость телеологического толкования отмечена в правовых позициях КС РФ¹⁰⁹⁰.

II. Способы и результаты толкования конституции.

Праворазъяснительная практика Конституционного совета Франции представляет собой богатую палитру всевозможных оттенков. Однако приёмы толкования, к которым прибегает Совет, всегда направлены на поиск компромисса с законодателем. Благодаря этому равновесие публичных властей в V-ой Республике едва ли может быть поставлено под сомнение. В то же время, осуществляя конституционное судебное толкование, Совет внимательно следит за тем, чтобы в его решениях сочетались и дополняли друг друга публичные и частные интересы. Руководствуясь этими двумя, в общем-то, политическими целями, Совет укрепляет собственный авторитет в правовой системе, которая, впитав традиции парламентаризма, никогда не создавала тепличных условий для контроля над суверенной волей Нации.

Толкование, которое часто применяет в своей практике Конституционный совет, допустимо называть гармонизирующим. Это означает, что он разъясняет намерение законодателя в таком смысле, чтобы оно соответствовало положениям Основного закона страны. Французские правоведы именуют его толкованием с оговоркой (*réserve d'interprétation*), т.к. Совет формулирует своё понимание нормы закона. При этом важно помнить, что конституционность закона или отдельной его нормы будет соблюдена лишь при условии его (её) применения в соответствии с пониманием Конституционного совета.

За более чем полувековой период своей деятельности Конституционный совет выработал несколько способов гармонизирующего толкования. Однако те действия, который Совет совершает с правовыми нормами, порой выходят далеко за пределы общепринятого представления о разъяснении закона. Поэтому мы предлагаем использовать при анализе его деятельности французскую терминологию.

Среди способов гармонизации на первом месте мы назовём руководящее толкование (*interprétation directive*). С его помощью Совет указывает парламенту на императивность соблюдения общих принципов права, вытекающих из нормативных предписаний конституционного блока. Например, в 1993 г. Совет постановил, что законодатель всегда вправе предусмотреть, чтобы проверка документов у граждан, осуществляемая чинами полиции, не была напрямую свя-

¹⁰⁹⁰ Постановление КС от 11.12.1998 № 28-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 4.08.2016 г.).

зана с поведением лица¹⁰⁹¹, но при этом любая подобная проверка должна быть оправдана. Вполне очевидно, что в этом решении содержится призыв к парламенту принять меры для предупреждения полицейского произвола. В 2005 г. при проверке закона о финансировании системы социального страхования на 2006 г. Конституционный совет обнаружил его противоречие органическому закону 2001 г. Однако он предпочёл обратиться к парламенту с требованием привести в соответствие нормы данного закона, начиная со следующего, 2007 г.¹⁰⁹² Таким образом, Совет «отсрочил» санкцию с тем, чтобы позволить законодателю исправить упущение. Если бы парламент не отреагировал на это требование, то на следующий год Совет, скорее всего, признал бы подобные нормы в новом законе противоречащими органическому законодательству.

Руководящие толкования могут быть адресованы и другим ветвям власти. В том же решении 1993 г. Конституционный совет сформулировал два условия, при соблюдении которых процедура удостоверения личности гражданина не будет посягать на конституционные принципы свободы передвижения и личной неприкосновенности. Во-первых, проверка документов должна во всех случаях быть мотивирована наличием опасности нарушения общественного порядка. А, во-вторых, суды обязаны надзирать за законностью и обоснованностью причин, оправдывающих проверку документов.

Вторым способом гармонизирующего толкования выступает ограничительное разъяснение закона. Например, в 1981 г. Конституционный совет постановил, что наказание лиц, препятствующих движению общественного транспорта, не распространяется на случаи проведения забастовок, даже если реализация этого права создаёт помехи для движения¹⁰⁹³. Совет мотивировал подобное изъятие тем, что право на забастовку гарантировано Конституцией. В 1984 г. при проверке закона о демократизации управления в государственных учреждениях, Конституционный совет указал, что вопреки заявлениям авторов запроса оспариваемый закон со всей очевидностью не устанавливает уголовной ответственности представителей трудового коллектива, а касается лишь их гражданско-правовой ответственности. Уголовная же ответственность может быть установлена лишь законом. В последнем примере можно заметить, что ограничительное толкование направлено против неофициального толкования, представленного авторами запроса¹⁰⁹⁴. Конституционный совет отрицает их мнение на том основании, что они, по его убеждению, неправильно уяснили се-

¹⁰⁹¹ Décision № 93-323 DC du 5.08.1993 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 5.08.2016 г.).

¹⁰⁹² Décision № 2005-528 DC du 15.12.2005 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 6.08.2016 г.).

¹⁰⁹³ Décision № 80-127 DC du 19.01.81 // Recueil de la jurisprudence constitutionnelle 1959-93. P., 1994. P. 91-99.

¹⁰⁹⁴ Drago G. L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. Paris, 1991. P. 236.

бе смысл нормы. Иными словами, давая ограничительное толкование нормы закона, Совет противопоставляет его расширительному толкованию авторов запроса. Вследствие этого карательная санкция направлена не на законодателя, а на авторов запроса.

Ограничительное толкование во Франции способно полностью лишить норму юридической силы. Речь идёт о так называемом «нейтрализующем» толковании (*interprétation neutralisante*), когда предписание остаётся неотъемлемой частью закона, но не порождает более правовых последствий. Конституционный совет прибегает к такому способу толкования для защиты прерогатив высших органов власти. Так, в 1982 г. Совет постановил, что законодатель не может связывать себя на будущее время неизменностью своих собственных нормативных предписаний¹⁰⁹⁵. Иными словами, парламент может в любой момент отменить или изменить существующий закон. Отсюда следует, что если какие-либо положения оспариваемого закона ущемляют или обязывают необратимым образом высших субъектов властвования, они (положения) являются ничтожными. Такие положения не могли быть приняты и должны рассматриваться как несуществующие. При таком подходе вполне логично, что Совет воздерживается от исследования их конституционности. Забегая вперёд, заметим, что в России подобная «нейтрализация» едва ли возможна, учитывая правовую позицию КС РФ о том, что это противоречило бы юридической природе толкования¹⁰⁹⁶.

Третьим способом гармонизации является «конструктивное» толкование, целью которого является восполнение пробелов в законе. Помимо разъяснения смысла нормативного акта, Совет добавляет в него новые предписания и увязывает его конституционность с их выполнением. Правомерность данной практики вытекает из принципа полноты закона, согласно которому норма права включает в себя не только явно установленные предписания, но и логически подразумеваемые. Иными словами, если норма, например, наделяет каких-либо субъектов особыми правами, то она в то же самое время лишает таких прав всех прочих субъектов. Этот приём *argumentum a contrario* входит в число правил логического толкования и может придать закону совсем невыраженное в нём значение. С позиции общей теории права это уже не толкование, а конкретизация правовых норм¹⁰⁹⁷. Но французских конституционалистов не смущает такое несоответствие¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ Décision № 82-142 DC du 27.07.1982 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (Дата обращения: 6.08.2016 г.).

¹⁰⁹⁶ Определение КС от 28.12.1995 № 137-О [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 8.08.2016 г.).

¹⁰⁹⁷ Гаврилова Ю.А. Конкретизация правовых норм и толкование права по объёму // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция. 2007. № 9. С. 44-45.

¹⁰⁹⁸ Di Manno Th. Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie. Paris, 1997. P. 131-319.

Так, в 1984 г. Совет сам определил полномочия Комитета по регулированию банковской деятельности, тогда как закон этого не устанавливал¹⁰⁹⁹. В другом решении Совет посчитал для себя возможным добавить к рассматриваемому закону отдельные элементы состава правонарушения, выведя их из общих принципов данного закона¹¹⁰⁰. Ещё раньше в 1976 г. Конституционный совет, постановил, что при прохождении конкурса на занятие государственной должности, жюри конкурса должно просмотреть личные дела всех кандидатов. В то время как оспариваемый закон допускал обращение к личным делам лишь в отношении высших должностей. По мнению самого Совета, он лишь истолковал имеющуюся норму закона. Однако на наш взгляд он произвёл всё-таки конкретизацию, заменив один смысл закона другим.

В праворазъяснительной деятельности российского Конституционного Суда также применяется формула гармонизация, именуемая, правда, конституционным истолкованием нормы¹¹⁰¹. Такой подход нашёл отражение в правовой позиции КС РФ¹¹⁰². Её юридическим основанием выступает презумпция конституционности нормативных актов¹¹⁰³. Будучи опровержимой, она, тем не менее, позволяет Суду экономить средства защиты и способствует стабильности правовой системы.

Например, в 2000 г. КС РФ произвёл ограничительное толкование права на судебную защиту, указав, что из его содержания не вытекает свобода выбора способа обжалования¹¹⁰⁴. Как известно, это было сделано для подтверждения окончательности решений самого КС.

В 2008 г. Суд счёл себя вправе придать закону соответствующий Конституции смысл. Тем самым все прочие толкования данного закона автоматически исключаются¹¹⁰⁵. Обязав работодателя письменно уведомлять профсоюзный комитет о готовящемся сокращении штатов как минимум за 2 месяца до расторжения трудовых договоров, КС, думается, в равной степени учёл интересы обеих сторон трудовых отношений.

¹⁰⁹⁹ Décision № 83-167 DC du 19.01.1984 // Recueil... 1959-93. Paris, 1994. P. 177-180.

¹¹⁰⁰ Décision № 84-181 DC du 11.10.1984 // Recueil... 1959-93. Paris, 1994. P. 199-207.

¹¹⁰¹ Глухов А.В. К вопросу о толковании норм трудового права Конституционным Судом Российской Федерации // Юридическая наука. 2011. № 4. С. 57.

¹¹⁰² Постановление КС от 25.01.2001 № 1-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 9.08.2016 г.).

¹¹⁰³ Иванова О.М. Институт толкования конституции в России и Франции (сравнительно-правовой анализ) // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4. С. 183.

¹¹⁰⁴ Определение КС от 13.01.2000 № 6-О [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 11.08.2016 г.).

¹¹⁰⁵ Определение КС от 11.11.2008 № 556-О-П «О разъяснении Постановления КС РФ от 5.02.2007 № 2-П» [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 13.08.2016 г.).

В 2015 г., проверяя законность переноса даты выборов ГД в 2016 г., КС также произвёл конституционное истолкование положений закона, признав однократное сокращение срока полномочий палаты допустимым¹¹⁰⁶. Однако нам представляется, что в данном случае Суд руководствовался интересами лишь одного властного субъекта (а именно депутатов) и узаконил одностороннее и необоснованное прекращение длящихся правоотношений с его стороны. В то же время в этом постановлении содержится, на наш взгляд, императивная рекомендация, возлагающая на ГД обязанность строго мотивировать потребность такого переноса.

Императивные рекомендации содержатся во многих решениях КС РФ. Так, в решении 2016 г. КС вменяет в обязанность парламенту учитывать объективные различия между гражданами при назначении им пенсии, а также обеспечить путём изменения законодательства реализацию конституционных ценностей добра и справедливости¹¹⁰⁷.

Разъясняя смысл Основного закона, и осуществляя конституционное толкование текущего актового материала, КС РФ со всей очевидностью, преодолевает правовую неопределённость. А коль скоро таковая означает нарушение качества закона¹¹⁰⁸, т.е. его ущербность и неточность, то Суд восполняет утраченное качество нормативного текста, возвращает ему свойство полноты. Нам представляется, что такое рассуждение вполне справедливо, поскольку в нормально функционирующем государстве невозможно предположить, чтобы законодатель сознательно создал закон, противоречащий конституции. Следовательно, КС не подменяет собой законодательную власть, а лишь вскрывает глубинный смысл нормативного текста. Делая это, Суд приспособливает актовый материал к потребностям правового регулирования.

Пределы такого приспособления могут быть как общими, так и специальными. В первом случае речь идёт о внутренней логике праворазъяснительного процесса, когда толкование не превышает смысла спорного предписания. Сюда же мы склонны отнести и требование нашей Конституции о том, что её нормы (а значит и их толкование) не должны противоречить предписаниям первой главы. Специальные же рамки целесообразно закрепить в законодательстве. Например, в главу XIV ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» можно было бы добавить положение о недопустимости ограничительного толкования прав и свобод личности, предоставив Суду выбор между буквальным и расширительным разъяснением. Применительно к

¹¹⁰⁶ Постановление КС от 01.07.2015 № 18-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹¹⁰⁷ Постановление КС от 20.07.2016 № 18-П [Электронный ресурс]. URL: <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 16.08.2016 г.).

¹¹⁰⁸ Ряховская Т.И. Толкование как способ обеспечения прямого действия Конституции // Вестник Томского ГУ. 2008. № 313. С.121.

Конституционному совету Франции подобное условие толкования представляется менее уместным, т.к. разъясняя содержание индивидуальных прав, он регулярно придаёт им самостоятельное конституционное значение. Из этих прав и складываются рассмотренные выше группы принципов конституционного блока.

Л. Зейналова

Конституционные права женщин в Азербайджане

В соответствии с Конституцией Азербайджанской Республики от 12 ноября 1995 года обеспечение прав и свобод человека и гражданина, обеспечение достойного уровня жизни граждан Азербайджанской Республики — высшая цель государства. Признание приоритета этих прав и свобод над интересами государства требует разработки и воплощения в жизнь тех правовых категорий, понятий, норм, институтов, которые наполняют содержанием указанный основополагающий принцип Азербайджанского государства. Одной из важнейших категорий, играющих эту роль, фундаментальной характеристикой положения личности в государстве, является категория права женщин.

История закрепления определенных прав за женщинами в основном законе Азербайджана начинается с начала XX века. Многие исследователи женского движения в регионе утверждают, что социалистическая революция 1917 года дала женщинам региона максимум возможностей для реализации принципа равноправия и повышения правового статуса женщин как субъектов общественнополитической жизни общества. В Конституции РСФСР 1918 года, в главе пятой статьи 22, говорилось только о принципе равноправия граждан независимо от их расовой и национальной принадлежности и не упоминалось о равноправии женщин с мужчинами¹¹⁰⁹.

Отметим, что равенство прав и свобод мужчин и женщин в юридической литературе идентифицируют с различных позиций: гендерное равенство – равноправие мужчин и женщин; равноправие полов; принцип правового положения и статуса личности и др.¹¹¹⁰. Вместе с тем, принцип равенства мужчин и женщин соединяет в себе основные характеристики равенства, в целом отражает его сущность и содержание¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ Титов Ю.П. Хрестоматия по истории государства и права России. М.: Проспект, 1999. С. 308, 314–315, 354, 355–356.

¹¹¹⁰ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. М.: Норма, ИнфраМ, 2011.

¹¹¹¹ См.: Зайков Д.Е. Развитие принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин в советский и постсоветский периоды // История государства и права. 2011. № 18. С. 18-21.

6 мая 1921го года Первый Всеазербайджанский съезд Советов единодушно принял Конституцию Азербайджанской ССР¹¹¹². Конституция Азербайджана была основана на тех же принципах, что и Конституция РСФСР 1918го года. Были упразднены все избирательные ограничения для женщин, молодежи, военнослужащих, лиц, не обладающих собственностью и цензом оседлости.

1921 год вошел в историю Азербайджана как год первого съезда женщин. Основную цель этого съезда, на котором с докладом выступил Нариман Нариманов, составили идеи освобождения женщины. За короткий после съезда период была проделана большая работа в области просвещения азербайджанских женщин, роста общественной активности. Институт дошкольного воспитания, созданный для девочек в 1921 году, годом позже преобразовался в Высший женский педагогический институт. Первый женский клуб, созданный по инициативе Джейран Байрамовой, сыграл важную роль для развития женского движения в этот период. Начало издания журнала «Шарг гадыны» в 1923 году стало знаменательным событием в истории женского движения в Азербайджане¹¹¹³.

Но стоит отметить и более ранний документ о правовом статусе женщин в обществе. 28 мая 1918 года в Тифлисе, в бывшем дворце наместника Кавказа собрались 26 из 44х членов Национального Совета Азербайджана и «после детального и всестороннего обсуждения вопроса» приняли «Декларацию о независимости Азербайджана». Это был первый программный документ с высоким символическим смыслом. 4ая статья Акта гласит, что Азербайджанская Демократическая Республика гарантирует в своих пределах гражданские и политические права всем гражданам без различия национальности, вероисповеданий, социального положения и пола.

Формальное провозглашение прав женщин было заложено также в последующих конституциях Азербайджанской ССР.

Конституция 1937 года расширила трактовку предыдущей Конституции и в 142-ой статье было указано, что выборы депутатов являются всеобщими: все граждане Азербайджанской ССР, достигшие 18 лет, независимо от расовой и национальной принадлежности, пола, вероисповедания, образовательного ценза, оседлости, социального происхождения, имущественного положения и прошлой деятельности, имеют право участвовать в выборах депутатов, за исключением лиц, признанных в установленном законом порядке умолишенными. Каждый гражданин Азербайджанской ССР, независимо от расовой и национальной принадлежности, пола, вероисповедания, образовательного ценза,

¹¹¹² Конституция Азербайджанской ССР от 19 мая 1921 года. http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf.

¹¹¹³ Указ Президента "Об осуществлении государственной женской политики в Азербайджанской Республике" от 6 марта 2000 года. <http://e-qanun.az/framework/597>.

оседлости, социального происхождения, имущественного положения и прошлой деятельности, имеет право быть избранным депутатом Верховного Совета Азербайджанской ССР по достижении 21 года, депутатом местного Совета – по достижении 18 лет¹¹¹⁴.

Но особо стоит выделить статью 129 Конституции, согласно которой женщине в Азербайджанской ССР предоставляются равные права с мужчиной во всех областях хозяйственной, государственной, культурной и общественно-политической жизни. Возможность осуществления этих прав женщин обеспечивается предоставлением женщине равного с мужчиной права на труд, оплату труда, отдых, социальное страхование и образование, государственной охраной интересов матери и ребенка, государственной помощью многодетным и одиноким матерям, предоставлением женщине при беременности отпусков с сохранением содержания, широкой сетью родильных домов, детских яслей и садов.

Женщины пользуются правом избирать и быть избранными наравне с мужчинами, в соответствии со статьей 144 Конституции.

Дальнейший этап развития прав женщин в Азербайджане оставил след в Конституции Азербайджанской Республики от 21 апреля 1978 года¹¹¹⁵, согласно которой все граждане Азербайджанской Республики равны перед законом.

Статья 33 Конституции гласит, что, женщина и мужчина имеют в Азербайджанской ССР равные права. Осуществление этих прав обеспечивается предоставлением женщинам равных с мужчинами возможностей в получении образования и профессиональной подготовки в труде, вознаграждении за него и продвижении по работе, в общественнополитической и культурной деятельности, а также специальными мерами по охране труда и здоровья женщин; созданием условий, позволяющих женщинам сочетать труд с материнством; правовой защитой, материальной и моральной поддержкой материнства и детства, включая предоставление оплачиваемых отпусков и других льгот беременным женщинам и матерям, постепенное сокращение рабочего времени женщин, имеющих малолетних детей.

Семья находится под защитой государства. Брак основывается на добровольном согласии женщины и мужчины; супруги полностью равноправны в семейных отношениях. Государство проявляет заботу о семье путем создания и развития широкой сети детских учреждений, организации и совершенствования службы быта и общественного питания, выплаты пособий по случаю рождения ребенка, предоставления пособий и льгот многодетным семьям, согласно статье 51 Конституции от 1978 года.

¹¹¹⁴ Конституция Азербайджанской ССР от 10 марта 1937 года // http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf.

¹¹¹⁵ Конституция Азербайджанской ССР от 21 апреля 1978 года // http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf.

Стоит отметить, что проблема равенства мужчин и женщин в современном государстве и обществе особая проблема. Сегодня она рассматривается в научных исследованиях в сфере права, истории, культурологии, социологии, экономики как проблема гендерного (социокультурного) равенства¹¹¹⁶. Сущность принципа гендерного равенства состоит в том, что женщины и мужчины являются независимыми (свободными) и равными субъектами права, в том числе обладают известной и равной автономией воли в случае своего участия в социальных связях и отношениях, реализации своих прав и законных интересов¹¹¹⁷.

При проведении историко-правового анализа становления и развития статуса женщин в Азербайджане, необходимо отметить, что этот процесс в корне отличается от аналогичного процесса зарождения классических форм статуса женщин, так как Азербайджанская женщина Востока в период средневековья, начиная с X в., обладала и правами и дееспособностью, обретя свой правовой статус, намного раньше европейской женщины.

Независимая Азербайджанская Республика, присоединяясь к Всеобщей декларации прав человека, Заключительному акту Хельсинского совещания и другим общепризнанным международно-правовым документам, обеспечивает соблюдение и беспрепятственное осуществление всех предусмотренных ими прав и свобод, независимо от пола, расовой и национальной принадлежности, вероисповедания, социального происхождения, политических убеждений и иных обстоятельств. Права и свободы граждан Азербайджанской Республики не могут быть ограничены в какой-либо форме, за исключением особых случаев, предусмотренных законом.

Конституция Азербайджанской Республики, от 12 ноября 1995-го года, отдельно решает вопрос о равенстве прав и свобод мужчины и женщины, специально подчеркивая необходимость равных возможностей для реализации этих прав и свобод. В разработке проекта Конституции под руководством Президента Гейдара Алиева принимали активное участие видные азербайджанские юристы и общественные деятели¹¹¹⁸, и это исторически первый документ Азербайджана, учитывающий высокое социальное значение женщин и материнства, ее роли в обществе и обеспечении верховенства закона. Принятие в 1995 г. новой Конституции стало основополагающим, системообразующим мероприятием в организации жизни женского общества на новых демократических основах. Поэтому каждая женщина в нашем государстве должна рассматриваться как полноправный член общества, обладающий всем комплексом кон-

¹¹¹⁶ Женщины и общество. Гендерное измерение политического процесса в России. М.: ИСПРАН, 1997

¹¹¹⁷ См.: Поленина С.В., Скурко Е.В. Право, гендер и культура в условиях глобализации. М.: Формула права, 2009. С.14.

¹¹¹⁸ Алиев Г. Наша независимость вечна. Баку: «Азернешр», 1998. Т. 4. С. 351.

ституционных прав и свобод человека и гражданина. Само формирование системы прав и свобод, в целом, происходило обоснованно и закономерно под влиянием объективных и субъективных факторов общественного развития в границах основных внутренних и внешних связей.

Таким образом, мужчины и женщины, действительно, могут быть равноправны, обладая при этом не одинаковым, а равноценным правовым статусом с характерным комплектом субъективных прав на основе одинаковых и специальных жизненно важных интересов и потребностей¹¹¹⁹. Можно согласиться с мнением Е.Г. Азаровой, если учесть то, что статус личности носит также индивидуальный характер, и он присущ отдельной личности.

Между тем, как справедливо подчеркивается учеными юристами, здесь требуется взаимодействие: внутригосударственные системы должны согласовываться с международной, а последняя, продолжая развиваться, должна совершенствоваться с учетом новых достижений в системах прав человека всех стран мира¹¹²⁰. К примеру, в 1966 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла новые важные акты — Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах (ратифицированы Азербайджанской Республикой в 1973 г.). Оба пакта закрепляют равное для мужчин и женщин право пользоваться всеми правами человека, гарантии от нарушения или необоснованного ограничения какого-либо права человека или какой-либо из основных свобод.¹¹²¹ Эти документы повлияли на появление качественных нормативных актов по гендерной защите. Кульминацией пакета актов стало принятие в 1979 году Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (CEDAW). Данный документ является наиболее важным из документов в сфере прав человека по защите и продвижению прав женщин. Впервые женщины были признаны полноправными членами общества в CEDAW. Конвенция содержит гражданские и политические права, а также экономические, социальные и культурные права, объединяя права человека, которые до этого были разделены на две категории. Кроме этого, CEDAW накладывает на государства-участники следующие обязательства включить принцип равноправия мужчин и женщин в свои национальные конституции или другие соответствующие нормативно-правовые акты¹¹²².

Стоит также отметить что, некоторые ученые считают, что и сегодня равноправие мужчин и женщин не во всех странах получило именно конституци-

¹¹¹⁹ Азарова Е.Г. О равноправии полов и социальном обеспечении граждан с детьми // Журнал российского права. 2010. № 9. С.1324.

¹¹²⁰ Права человека. История, теория и практика. М., 1995. С.60.

¹¹²¹ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. Издательство НОРМА, 2007. С. 185-186.

¹¹²² www.un.org/womenwatch/daw/cedaw

онное закрепление и развитие¹¹²³. Проведенный анализ конституций стран СНГ показал, что по некоторым из них не прямо, а опосредованно через принципы равенства всех перед законом и недопустимости дискриминации, можно судить о равноправии мужчин и женщин. Во многих государствах СНГ положения о равноправии мужчин и женщин в прямой формулировке включены в раздел/главу, посвященную субъективным правам и свободам («Основные права, свободы и обязанности» в Азербайджане, «Основные права и свободы» в Киргизии, «Права, свободы, основные обязанности человека и гражданина» в Таджикистане, «Права, свободы и обязанности человека и гражданина» в Туркменистане, Украине) или их гарантиям («Гарантии прав и свобод человека» в Узбекистане). В них, как правило, обособлена статья, посвященная праву на равенство с соответствующим наименованием.

Третья глава Конституции Азербайджанской Республики «Основные права и свободы гражданина и человека» включает 47 статей, подавляющая часть которых посвящена конкретным правам и свободам. Они представляют собой определенную систему, имеющую логические основания, отражающую специфику самих этих прав и свобод, тех сфер жизнедеятельности человека и гражданина, которых они касаются.

Тут возникает необходимость классификации прав женщин на основе их закрепления в Конституции.

В юридической литературе можно встретить различные варианты классификации. Например, следует согласиться с мнением Л.Д. Воеводина, предлагающего в основу деления прав, свобод и обязанностей положить два основания: природную сущность и социальный характер человека. Руководствуясь этими критериями, он выделяет права, свободы и обязанности человека и гражданина: в сфере личной безопасности и частной жизни; в области государственной и общественнополитической жизни; в области экономической, социальной и культурной жизни¹¹²⁴.

Учитывая конституционный принцип равенства прав и свобод мужчин и женщин, можно с уверенностью утверждать, что женщины имеют те же права, что и мужчины. Так как, в Азербайджанской Республике на конституционном уровне закреплено гендерное равноправие — ч. 2 ст. 25 установлено что мужчины и женщины обладают равными правами и свободами. Эти положения обязательны для государства, так как напрямую соотносятся с ч.1 ст. 12 Конституции, согласно которой обеспечение прав и свобод человека и гражданина, достойного уровня жизни гражданам Азербайджанской Республики — высшая

¹¹²³ Мархгейм М.В., Москаленко С.А. Конституционное закрепление принципа равенства прав и свобод мужчин и женщин: анализ зарубежного опыта // Право и современные государства. 2013. № 6. С.23.

¹¹²⁴ Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М.,1997. С.182-184.

цель государства. В некоторых трудах, анализируя статьи Конституции по их общественным отношениям, конституционные права женщин классифицируют на четыре группы: личные; политические; социальные и экономические¹¹²⁵. Но сюда можно было бы еще добавить и культурные права. Культурные права включают: право на образование; на свободное участие в культурной жизни общества; на защиту моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов. Помимо этого, во взаимоотношениях с государством каждая конкретная личность выступает в одном из трех правовых состояний – гражданства, безгражданства и иностранства¹¹²⁶ и согласно Конституции можно провести деление прав и свобод женщин на «права и свободы человека» и «права и свободы женщин». В юридической литературе можно встретить другой вид классификации с делением всех прав на негативные и позитивные¹¹²⁷, что можно применить и к конституционным правам женщин. Но эти понятия скорее нужно относить не столько к правам, сколько к обязанностям государства. В то время как негативные права определяют обязанности государства и других людей воздерживаться от тех или иных действий по отношению к индивиду, то позитивные права фиксируют обязанности государства, лиц и организаций предоставлять гражданину те или иные блага, осуществлять определенные действия. К примеру, согласно Конституции запрещается ограничивать в правах и свободах человека и гражданина, исходя из расовой, национальной, религиозной, языковой принадлежности, принадлежности к полу, происхождения, убеждений, политической и социальной принадлежности (ч.3 ст. 24), также как и уважать родителей, заботиться о них является долгом детей и трудоспособные дети, достигшие 18 лет, обязаны содержать нетрудоспособных родителей (ч.5 ст. 34).

Проведенный анализ Конституции Азербайджанской Республики дает полное основание сделать вывод что конституционные права женщин в Азербайджане справедливо задекларированы и защищаются на высшем юридическом уровне.

Конституционное закрепление прав женщин является основой любого демократического общества, которое стремится к социальной справедливости и уважению прав человека.

Но я считаю что, достижение поставленных задач было бы еще эффективнее, если закрепит в конституционном уровне отдельные гендерные страте-

¹¹²⁵ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учеб. 4е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С.122.

¹¹²⁶ Герасименко Ю.В. Конституционно-правовой статус лиц, не являющихся гражданами Российской Федерации: вопросы теории и практики. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2003. С.105.

¹¹²⁷ Институт прав человека в России / Комкова Г.Н., Шудра О.В., Даурова Т.Г. и др. Саратов, 1998. С.55-56.

гии государства. Правовое положение женщин как конституционная категория должна отражать систему юридических норм, призванных создать женщинам особые условия деятельности и определенные привилегии в общественно-политической жизни с учетом их конституционной защищенностей.

Но стоит особо отметить также конституционные законы, которые являются неотъемлемой частью Конституции Азербайджанской Республики и не должны противоречить основному тексту Конституции Азербайджанской Республики (ч.5 ст. 156).

Учитывая количество таких законов, можно только выделить два конституционных закона, регулирующих права женщин в Азербайджанской Республике: 1) «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике»¹¹²⁸ и 2) «Об Уполномоченном по правам человека (омбудсмане) Азербайджанской Республики»¹¹²⁹.

В целях обеспечения соответствия прав и свобод человека в Азербайджанской Республике Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека) 24 декабря 2002 года был принят Конституционный Закон Азербайджанской Республики «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике». Согласно статье 1 Закона ни одно положение Конституции Азербайджанской Республики и настоящего Конституционного Закона не может истолковываться или пониматься государственными органами, организациями или отдельными лицами как положение, создающее правовую основу для деятельности или действий, направленных на ликвидацию прав и свобод человека и гражданина или ограничение их в большей степени, чем предусмотрено Конституцией Азербайджанской Республики и Конституционным Законом.

В установленном законом порядке каждый может в связи с нарушенными правами и свободами обжаловать в Конституционный суд Азербайджанской Республики предусмотренные пунктами 1—6 и 8 части III статьи 130 Конституции Азербайджанской Республики нормативные решения органов законодательной, исполнительной и судебной власти и нормативные акты муниципалитетов, нарушающие его права и свободы.

Еще в 1998 году утвержденная Распоряжением Президента Азербайджанской Республики от 18 июня Государственная Программа в области защиты прав человека, дав толчок законодательным и институциональным реформам, впервые в стране обусловила создание Института Омбудсмана. В связи с этим, была проведена совместная работа при сотрудничестве с общественными и международными организациями, определена конкретная стратегия путем научных анализов деятельности Омбудсмана в Азербайджане и принят Консти-

¹¹²⁸ <http://parliament.gov.az/?/ru/topcontent/84>.

¹¹²⁹ <http://parliament.gov.az/?/ru/topcontent/82>.

туционный Закон "Об Уполномоченном по правам человека Азербайджанской Республики" от 28 декабря 2001 года¹¹³⁰.

В соответствии с Конституционным Законом должность Уполномоченного по правам человека Азербайджанской Республики учреждается для восстановления прав и свобод человека, закрепленных в Конституции Азербайджанской Республики и международных договорах, стороной которых является Азербайджанская Республика, нарушенных государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами и предотвращения нарушения прав человека в случаях, определенных этим Конституционным Законом. В теоретическом аспекте Л.В. Сморгун, А.П. Альгин, И.Н. Барыгин выделяют четыре основные функции института омбудсмана: содействие более эффективной работе власти; содействие жителям в восстановлении нарушенных властью прав; реализация функции посредника, моста между обществом и властью; реализация функции внесудебного расследования¹¹³¹.

По мнению Р.Г. Вагизова, институт омбудсмана становится своеобразным «дружелюбным интерфейсом» государственного механизма и функция внесудебного рассмотрения дел¹¹³².

Хотя В.В. Эмих выделяет другие функции омбудсмана, такие как корректирующая, консультационно-ориентирующая, превентивная, просветительская, координационная, диагностическая, функция содействия совершению правовых актов и административных процедур¹¹³³.

В Азербайджанской Республике деятельность Уполномоченного не ограничивает и не дублирует полномочия других государственных органов, обеспечивающих защиту прав человека и восстановление нарушенных прав и свобод человека.

Уполномоченный имеет право рассматривать жалобы о нарушении прав человека, связанные с волокитой, утратой и несвоевременной выдачей документов в судах, а также затягиванием исполнения судебных решений.

Дополнения и изменения, внесённые в законодательство в связи с деятельностью Уполномоченного, 2 июля 2002 года Милли Меджлисом (Парламентом) был принят Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Азербайджанской Республики в связи с применением

¹¹³⁰ http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/18/HRI_CORE_AZE_2008_ru.doc.

¹¹³¹ Сморгун Л.В., Альгин А.П., Барыгин И.Н. Государственная политика и управление: учебник / под ред. Л.В. Сморгунова. М.: РОССПЭН, 2006. С.185.

¹¹³² Вагизов Р.Г. Понятие омбудсмана (уполномоченного по правам человека) в современной правовой доктрине // Российская юстиция. 2008. № 11. С.43.

¹¹³³ Эмих В.В. Компетенция уполномоченных по правам человека в Российской Федерации: конституционно-правовое исследование. Дисс. ... канд. юрид. наук: Екатеринбург, 2008. С. 68–69.

Конституционного закона Азербайджанской Республики "Об Уполномоченном по правам человека (Омбудсмане) Азербайджанской Республики"».

Дополнения и изменения, внесенные в законодательство, были направлены на отражение в различных законодательных актах требований, предъявляемых к кандидатуре Уполномоченного, вопросов, связанных с его неприкосновенностью, материальными, социальными и другими гарантиями, исходящими из его статуса, а также регулированием вопросов, связанных с организацией деятельности Уполномоченного.

Решения Уполномоченного по жалобе о нарушении прав человека не носят принудительный характер, и Уполномоченный не имеет полномочий по отмене какого-либо решения по конкретному делу. Законодательство предоставляет Омбудсману широкий круг полномочий в сфере расследования жалоб, защиты нарушенных прав, и эти полномочия в совокупности с его личным авторитетом в обществе создают достаточную основу для восстановления нарушенных прав человека, в том числе женщин.

В ходе рассмотрения фактов, отраженных в жалобе, связанной с нарушением прав человека, Уполномоченный должен изучить связанное с данной жалобой мнение органа или должностного лица, в отношении которых подана жалоба. Мнение должно быть представлено Уполномоченному в течение 10 дней.

При рассмотрении фактов, отраженных в жалобе, связанной с нарушением прав человека, Уполномоченный имеет право:

- беспрепятственно и без предварительного уведомления посещать государственные органы и органы местного самоуправления и другие места, указанные законом;

- в течение 10 дней получать у органов государственной власти и местного самоуправления, должностных лиц необходимые сведения, документы и материалы;

- знакомиться со вступившими в законную силу решениями по уголовным, гражданским и административным делам, а также материалами об отказе в возбуждении уголовных дел;

- в ходе рассмотрения жалобы получать у должностных лиц письменные справки;

- давать поручения соответствующим органам для проверки отраженных в жалобе фактов;

- поручать соответствующим государственным органам и организациям подготовку экспертного заключения и тд.

В случаях, представляющих особое общественное значение, с согласия лица, права человека которого нарушены, или в случаях, когда затронуты интересы лиц, не способных самостоятельно защищать свои права, Уполномоченный может вести рассмотрение по собственной инициативе. При выявлении в

ходе рассмотрения других обстоятельств, не отмеченных в жалобе, рассмотрение ведется Уполномоченным, если оно входит в его компетенцию, в случае же, когда оно не входит в его компетенцию, материалы направляются в другие компетентные государственные органы.

При выявлении во время рассмотрения жалобы фактов нарушения прав человека Уполномоченный может требовать у государственных органов и органов местного самоуправления, должностных лиц, нарушивших в результате своих решений или действий (бездействия) права человека, восстановления данных прав (соответствующие органы, должностные лица в течение 10 дней должны представить Уполномоченному письменное уведомление о принятых мерах. В случае, если уведомление не представлено или требования Уполномоченного не выполнены, Уполномоченный может обратиться в вышестоящий орган данной организации или в другие государственные органы).

Омбудсмен имеет право обращаться в суд для восстановления прав, нарушенных в результате решения или действия (бездействия) государственного органа или органа местного самоуправления, должностного лица, а также и другие права.

В ежегодном докладе Уполномоченного должны найти свое отражение общие мысли, мнения и рекомендации, связанные с обеспечением прав человека.

Вышеперечисленные права и обязанности Омбудсмена играют важную роль в защите прав женщин в Азербайджане, закрепленные Конституцией Азербайджанской Республики.

Подводя итог, стоит отметить что, права женщин в Азербайджане 1) закреплены как в Конституции Азербайджанской Республики, так и в других законодательных актах; 2) отвечают всем требованиям основных международных актов, в т. ч. международному пакту об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г., Международному пакту о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г., Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950; 3) подлежат повышенной защите, гарантируются государством на высшем уровне и согласно общепризнанным принципам; 4) имеют принцип непосредственного действия прав, и защита конституционных прав не зависят от того, конкретизированы ли они в действующем законодательстве или нет.

Кроме конституции стоит отметить также другие немаловажные законодательные акты по регулированию статуса женщин в Азербайджане.

В 1997 году был принят закон «Об охране здоровья населения», в котором мужчинам и женщинам предоставляются равные права по охране своего здоровья. В то же время некоторыми статьями этого закона для женщин предусматривается обеспечение определенных условий, связанных с репродуктивными функциями.

Как отмечалось выше, в рамках утвержденной Распоряжением Президента Азербайджанской Республики от 18 июня 1998 года государственной программы в области защиты прав человека осуществлены законодательные и институциональные реформы. Созданы опирающиеся на принципы демократического правосудия новая судебная система, такие новые институты, как конституционный надзор, уполномоченный по правам человека, усовершенствована правоохранительная деятельность, расширена деятельность неправительственных организаций, средств массовой информации, сформированы эффективные механизмы защиты в области обеспечения прав человека.

Указом Президента Азербайджанской Республики от 14 января 1998 года был создан Государственный Комитет по Проблемам Женщин, который является центральным органом исполнительной власти, осуществляющим государственную политику и регулирование в области работы с проблемами семьи, женщин и детей.

6 марта 2000 года был издан Указ Президента «Об осуществлении государственной женской политики в Азербайджанской Республике», который явился эффективной поддержкой функционирования национального механизма по защите прав и свобод женщин в Азербайджане. В целях практического обеспечения равноправия женщин с мужчинами, в частности представления их в системе государственного управления на необходимом уровне было постановлено ряд задач. Во всех органах исполнительной власти были назначены координаторы по гендерной политике, осуществляющие контроль по реализации вышеупомянутого Указа.

В соответствии с Указом Государственный комитет по статистике совместно с Государственным комитетом по проблемам женщин подготавливает статистическую информацию о положении женщин в республике, отвечающую международным стандартам.

6 марта 2000 года Кабинет Министров Азербайджанской Республики утвердил Национальный План Действий по Проблемам Женщин на 2000-2005 годы. Этот План был составлен на основе стратегий Пекинской Платформы Действий, с учетом существующей ситуации и приоритетов Республики. Национальный План Действий является государственным документом, подготовленным при участии министерств, комитетов и неправительственных организаций, направленный на обеспечение равноправия женщин во всех проблемных областях. Этот документ предусматривает подготовку государственных программ, а также проведение конкретных неотложных мер, связанных с проблемами женщин.

10 октября 2006 года был принят Закон Азербайджанской Республики «Об обеспечении гендерного (мужского и женского) равенства».

Основной целью данного закона является обеспечение гендерного равенства путем устранения всех форм дискриминации по половой принадлежности, создания мужчинам и женщинам равных возможностей в политической, экономической, социальной, культурной и иных сферах общественной жизни.

В законе определены основные направления государственной политики и государство осуществляет мероприятия по устранению всех форм дискриминации по половой принадлежности, созданию женщинам равных с мужчинами возможностей, недопущению превосходства представителя какого-либо пола в управлении государством и принятии решений.

Данным законом также устанавливаются льготы, привилегии и дополнительные гарантии для женщин, в том числе различный для мужчин и женщин пенсионный возраст, создание мужчинам и женщинам дифференцированных условий в вопросах исполнения наказаний, осуществление специальных мероприятий в целях обеспечения гендерного равенства.

Не допускается выдвигать различные требования к мужчинам и женщинам, отдавать преимущества представителям какого-либо пола в объявлениях о приеме на работу, опрашивать ищущих работу о семейном положении либо личной жизни. Лицам, подвергшимся дискриминации по половой принадлежности, возмещается ущерб в установленном законодательством Азербайджанской Республики порядке.

28 декабря 2006 года Президент Азербайджанской Республики подписал Распоряжение «Об утверждении Национального плана деятельности по защите прав человека в Азербайджанской Республике».

В пункте 17 Национального плана деятельности по защите прав человека в Азербайджанской Республике, Государственному комитету по проблемам семьи, женщин и детей и Министерству здравоохранения было поручено усиление борьбы с насилием, в том числе с бытовым насилием против женщин, обеспечение жертв такого насилия средствами правовой защиты, необходимой компенсацией, реабилитацией, медицинской и психологической помощью, организация широкой просветительской работы в этой сфере.

В следующем пункте было поручено Министерству внутренних дел, Министерству юстиции, Государственному комитету по проблемам семьи, женщин и детей, Министерству национальной безопасности и Уполномоченному по правам человека (омбудсман) выполнение в полном объеме требований, следующих из Пактов ООН о гражданских и политических правах, экономических, социальных и культурных правах, Конвенции по правам ребенка, и о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, а также Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее к Конвенции против транснациональной организованной преступности.

В этом документе также было поручено соответствующим государственным органам проведение пропаганды принципов программы ЮНЕСКО «Образование для всех», расширение просветительской работы в сфере права, и в целях продуктивной защиты прав и свобод человека, подготовка для различных групп населения (женщин, детей, молодежи, инвалидов, пожилых, беженцев и вынужденных переселенцев, осужденных, военнослужащих, наркоманов и ВИЧ/СПИД-инфицированных) педагогов, докладчиков, инструкторов в области правового просвещения по различным категориям прав человека (гражданскому, политическому, экономическому, социальному и культурному праву), с использованием помощи этих групп и местной общественности.

21 декабря 2006 года Парламентом Азербайджанской Республики было принято заявление «О борьбе с насилием против женщин, в том числе и бытовым насилием», в рамках кампании против насилия в отношении женщин в государствах-членах Совета Европы¹¹³⁴.

15 сентября 2006 года постановлением Кабинета Министров Азербайджанской Республики была утверждена «Программа мероприятий по охране здоровья матерей и детей». Целью Программы мероприятий является укрепление здоровья матерей и детей, охрана репродуктивного здоровья населения, создание необходимых условий для рождения здоровых и желанных детей, сокращение случаев заболеваний и смертей среди матерей и детей.

«Республиканская Комплексная программа по борьбе с повседневным насилием в демократическом обществе», утвержденная Распоряжением Кабинета Министров от 25 января 2007 года предусматривает комплексные мероприятия, связанные с предотвращением насилия против женщин, совершенствование законодательства в данной сфере, работу с лицами, совершившими подобные деяния, сотрудничество с международными организациями для предотвращения случаев бытового насилия.

Стоит также отметить особую роль органов местной исполнительной власти в Азербайджане. Положение местных органов исполнительной власти утверждено указом № 648 президента Азербайджана Ильхама Алиева от 6 июня 2012 года, и этот документ ставит перед исполнительной властью и его представительствами большие задачи по применению государственной политики по гендерному равноправию в регионах.

На основании Распоряжения Президента Азербайджанской Республики от 29 ноября 2011 года № 1862, при участии соответствующих государственных органов, научных организаций и высококвалифицированных специалистов, а также в условиях плодотворного сотрудничества с действующими в стране

¹¹³⁴ <http://www.meclis.gov.az/?/az/legislation/view/916>

международными организациями была подготовлена Концепция развития «Азербайджан 2020: взгляд в будущее». Концепция развития «Азербайджан 2020: взгляд в будущее» была Утверждена указом Президента Азербайджанской Республики от 29 декабря 2012 года и охватывает основные стратегические цели политики развития во всех сферах жизни страны, и ее осуществление будет реализовано посредством целевых государственных программ.

На основании этого документа предусмотрено принятие соответствующих мер по решению гендерной проблемы, которая будет оставаться в центре внимания. Основными направлениями государственной политики в этой области будут осуществление мер по предотвращению случаев гендерного насилия, создание равных возможностей для женщин и мужчин на рынке труда, расширение возможностей для карьерного роста женщин, назначения их на руководящие должности. Планируется усиление социальной защиты и охраны матери и детей, упрощение присмотра за детьми для работающих родителей в соответствии с ратифицированной Конвенцией МОТ «О работниках, имеющих семейные обязанности», увеличение количества детских садов, а также развитие услуг по планированию семьи. В связи с этим планируется подготовка Стратегии азербайджанской семьи, Национального плана действий по гендерному равенству, Детского кодекса и Национальной детской стратегии. Наряду с этим, будут созданы институт «Семейного психолога», центры помощи и убежища для женщин, подвергшихся бытовому насилию, а также система мониторинга насилия в стране, уклонения от образования и случаев ранних браков.

Учитывая идеи данного документа, Распоряжением Президента Азербайджанской Республики от 13 июня 2014 года утверждено Государственная Программа по улучшению здоровья матери и ребенка на 2014-2020 годы. Цель Государственной программы заключается в повышении качества лечебно-профилактической помощи, оказываемой женщинам и детям в Азербайджанской Республике, дальнейшем улучшении состояния их здоровья.

Подводя итог, можно сделать вывод, что законодательство Азербайджанской Республики отражает все положения, касающиеся равенства мужчин и женщин во всех сферах жизни. Все это является базой для развития гендерного баланса, и в результате мы становимся свидетелями активного участия женщин в государственных органах, парламенте, неправительственных и негосударственных организациях.

**Правосознание как фактор эффективности
правовой политики в Республике Таджикистан**

Правовая воспитательная и образовательная политика нацелена на то, чтобы, как утверждал И.А. Ильин, «приблизить право к народу, чтобы укрепить массовое правосознание, чтобы народ понимал, знал и ценил свои законы, чтобы он добровольно соблюдал свои обязанности и запреты и лояльно пользовался своими полномочиями»¹¹³⁵. В условиях реформирования правовой системы и преобразования устоев правовой жизни возрастает роль правосознания как важнейшего стабилизирующего фактора общественной жизни.

О том, что правосознание как идейный, психологический, духовный источник служит действенным фактором формирования права и присутствует на всех этапах его реализации, писали и продолжают писать многие исследователи¹¹³⁶. Еще в конце 70-80-е гг. прошлого века советские авторы подчеркивали, что основу правосознания составляет правопонимание, отношение людей к праву¹¹³⁷. Посредством права в сознание членов общества внедряются правовые идеи, принципы и представления. На современном этапе ключевым пунктом правосознания является осознание ценностей естественного права, прав и свобод человека и одновременно представлений о действующем позитивном праве, о том, насколько оно соответствует естественному праву, правовым ценностям и идеалам¹¹³⁸.

¹¹³⁵ Ильин И.А. О сущности правосознания. Собр. соч. в 10 т. М., 1994. С. 230.

¹¹³⁶ См.: Алексеев С.С. Философия права. М., 1997. С. 25–26; Арбузов А.В. Правовой нигилизм: теоретико-правовое исследование. Дис. ... канд. юрид. наук. М.: РГБ, 2006. С. 36; Лазарев В.В. Общая теория права и государства: учебник. М., 2000. С. 245; Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. М. : Юрид. лит., 1973. 344 с.; Мамитова Н.В. Правосознание современного российского общества: теоретико-правовой анализ // Развитие юридической науки в новых условиях: единство теории и практики: сб. тезисов по материалам междунар. науч.- практ. конф. Ростов на/Д: Южн. федер. ун-т, 2015. С. 89–91; Остроумов Г. С. Правовое осознание действительности. М. : Наука, 1969. 198 с.; Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. М., 1999. С. 10–35; Сапун В. А. Социалистическое правосознание и реализация советского права. Владивосток, 1984. 167 с.; Сативалдыев Р.Ш. Теория государства и права: учебник. Душанбе: Империял-Групп, 2011. С. 315-319; Теория государства и права : учеб. для вузов / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. 2-е изд. М. : НОРМА, 2003. С. 123-124; Фарбер И. Е. Правосознание как форма общественного сознания. М. : Юрид. лит., 1963. 205 с.; Черниченко С. В. Вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права как правовых систем (Размышления по поводу некоторых книг коллег) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 1. С. 9–20.

¹¹³⁷ См.: Общественное сознание и его формы. М., 1986. С. 109–123; Основы марксистско-ленинской философии / Ф.В. Константинов, А.С. Богомолов, Г.М. Гак и др. М.. 1978. 464 с.

¹¹³⁸ См.: Алексеев С.С. Философия права. М., 1997. С. 25–26.

Право, в свою очередь, является важнейшим источником воспитания, преобразования и развития правосознания. При этом влияние права на правосознание зависит от правопонимания, уровня юридических доктринальных разработок, качества законодательства, его соответствия реальным потребностям, от профессионализма парламентариев, правоприменителей, качества правоприменительных и интерпретационных актов. Правосознание человека, по словам А.И. Ковлера, «во многом определяется доступностью Закона и его моральной оправданностью»¹¹³⁹.

Как формирование, так и бытие права практически невозможны вне правосознания. Право отражает идейное, духовно-нравственное, эмоциональное содержание правосознания. Общественное сознание — та среда, в которой «проявляется» право, являясь скорее условием его существования¹¹⁴⁰. Многие исследователи вполне обоснованно утверждают, что правосознание объективно свойственно человеку, существенно влияет на его жизнедеятельность¹¹⁴¹.

На формирование правосознания оказывают влияние семья, школа, общество, правовое воспитание, политико-правовые идеи, политический режим, правовая система, качество и уровень образования, социально-правовая активность личности, степень ее социализации, мировоззрение человека, нравственные и религиозные ценности, обычаи и традиции, представления о добре, справедливости, свободе, равенстве, о правах человека, отношении к законам и др. Правовое воспитание является одним из эффективных средств повышения правосознания¹¹⁴².

Среди факторов, оказывающих влияние на формирование правосознания, ключевую роль выполняет правовое воспитание и юридическое образование, осуществляемое в рамках целенаправленной, организованной, систематической, научно обоснованной правовой политики. Такая точка зрения превалирует в научной литературе¹¹⁴³. В свою очередь, правосознание служит необходимым условием выстраивания и реализации правовоспитательной и правообра-

¹¹³⁹ Ковлер А. И. Антропология права : учеб. для вузов. М. : НОРМА, 2002. С. 18.

¹¹⁴⁰ См.: Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Государство и право. 2000. № 2. С.22.

¹¹⁴¹ См.: Ильин И.А. О сущности правосознания // Ильин И.А. Собр. соч.: в 10 т. Т. 4. М.: Рус. кн., 1994. С. 67; Карбонье Ж. Юридическая антропология: учебник. М., 1986. С. 61; Коваленко К.Е. Особенности развития правосознания // История государства и права. 2014. № 8. С. 43–46; Скакун О. Ф. Правовая система Украины на правовой карте мира. Х.: Еспада, 2004. С.10.

¹¹⁴² См.: Гойман В. И. Действие права (Методологический анализ). М.: Академия МВД РФ, 1992. С. 171; Лушина Л. А. Нравственно-правовой нигилизм: генезис, сущность, формы. Дис. ... к. ю. н. Н.Новгород, 2003. С. 27; Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов: Издательство Саратовской государственной академии права, 2003. С. 183–184.

¹¹⁴³ Напр., см.: Месилов М.А. Профилактика, пути и средства правового воспитания государственных гражданских служащих // современное право. Научно-практический журнал. М., 2009. № 12 (1). С. 107-111.

зовательной политики. Уровень правового сознания субъектов правовой политики, формирование в их сознании прогрессивных правовых идей, представлений, ценностей, качество юридического образования, профессионализм субъектов правотворческой, правоприменительной, правоинтерпретационной деятельности прямым образом влияют на эффективность правовоспитательной и правообразовательной политики. Как известно, субъектами правовой политики являются, помимо государства и государственных органов, также институты гражданского общества, в том числе граждане. Поэтому уровень правосознания граждан, правовая деятельность общественных объединений, участие средств массовой информации и иных институтов гражданского в правовой жизни тоже влияют на качество и результативность правовой политики.

Правовая политика в сфере правового воспитания и образования представляет собой деятельность, государства, его органов, государственных учреждений, общественно-политических институтов и граждан по формированию и повышению правосознания и правовой культуры в рамках регулируемого воспитательного и учебно-образовательного процесса, осуществляемого на основе комплекса правовых знаний, организационных, информационных, образовательных, методических, законодательных мероприятий.

Данная политика выстраивается и реализуется в рамках правового воздействия, посредством правовых (нормативные акты, права, свободы и обязанности, правоприменительные акты и др.), а также иных неправовых средств (юридическая литература, лекции, газетные публикации и т.п.). От ее содержания и качества зависит правильная оценка идейно-мировоззренческих ценностей, психологическая мотивация правомерного поведения, сознательно-волевой выбор человеком социально полезного поведения, поскольку правовое воспитание «влияет в основном на эмоционально-волевою, ценностную, мировоззренческую сторону сознания»¹¹⁴⁴. Данная политика выстраивается и реализуется на основе комплекса мер юридического, организационного, информационного, технологического, образовательного, финансового, материально-технического характера. Средствами ее практической реализации являются право и формы ее выражения, правотворческие, правоприменительные, интерпретационные, правореализационные акты, государственные стратегии, программы и концепции, политические решения, средства массовой информации, новейшие информационные технологии, методы и формы агитационной, лекционной и информационной деятельности, юридическая и иная литература, учебный и образовательный процесс.

Правовоспитательная политика неразрывно связана с правовым обучением, просвещением, профессиональным юридическим образованием - распро-

¹¹⁴⁴ Перевалов В.Д. Теория государства и права: учебник. М., 2005. С. 200.

страненными и апробированными формами правового воспитания. В философской, социологической, педагогической литературе прочно утвердилось мнение о взаимосвязи воспитания и образования¹¹⁴⁵. Мнение о неразрывной взаимосвязи правового воспитания и обучения (образования) прочно утвердилось и в постсоветской юридической литературе¹¹⁴⁶. О значении правового воспитания в формировании в целом правовой культуры пишут многие авторы¹¹⁴⁷.

Правосознание, как известно, содержит устойчивые идейно-духовные, психологические компоненты. На их основе выстраивается единая образовательная политика в странах СНГ. Единое экономическое, политическое, оборонительное, гуманитарное, образовательное, научное, культурное пространство Стран СНГ может успешно формироваться и функционировать при наличии интегративной для этих стран единой воспитательно-образовательной политики¹¹⁴⁸. Целям выстраивания такой политики могут способствовать следующие документы: Модельный образовательный кодекс для государств-участников СНГ (принят 29 ноября 2013 г.); Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 14 мая 2009 г. «О формировании законодательных основ современной молодежной политики в государствах-участниках СНГ»; Декларация «О приоритетных направлениях современной молодежной политики в государствах-участниках СНГ»; Модельный закон «О воспитании детей и молодежи»; Модельный закон «Основы законодательства об антикоррупционной политике» (принят Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ 15 ноября 2003 г.) и др.

В постсоветских государствах создана прочная нормативно-правовая база правовоспитательной и образовательной политики. Так, В Российской Федерации приняты указы Президента «О мерах по совершенствованию высшего юри-

¹¹⁴⁵ См.: Андреев А. Л. Общество, образование, культура: социологические очерки. М.: Изд-во МЭИ, 2004. С. 36; Гершунский Б.С. Философия образования: учебное пособие. М.: Флинта. 1998. С. 55; Пищулин Н. П. Общество и образование: вчера, сегодня, завтра. Учебное пособие. М.: Жизнь и мысль, 2004. С. 68.

¹¹⁴⁶ См.: Джанибекова Н.А., Зарипов Ш.А. Место правового воспитания в формировании правосознания молодежи // Молодой ученый. 2013. № 7. С. 273. С. 272–274.; Ермакова Е.И. Правовое воспитание студентов колледжа в процессе профессионального образования. Дис. ... канд. пед. наук. М., 2007. С. 194.; Семитко А.П. Правосознание и правовая культура // Теория государства и права: учебник / Под ред. В.Д. Перевалова. М., 2006. С. 219.

¹¹⁴⁷ См., напр.: Александров В.А. Формирование законопослушного гражданина – приоритетное направление правовой политики современной России // Правоведение. 1998. № 1; Саакян М.В. Правовое воспитание и обучение как средство формирования правовой культуры // Вестник Адыгейского государственного университета. Выпуск 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2009. Вып. № 3 и др.

¹¹⁴⁸ См.: Сативалдыев Р.Ш. Правовое воспитание и образование как интегративное направление правовой политики: опыт Таджикистана и стран СНГ // Евразийский юридический журнал. 2016. № 1 (92). С.359–364.

дического образования в Российской Федерации» от 26 мая 2009 г., «О высшей юридической премии “Юрист Года”» от 8 октября 2009 г. В Республике Казахстан принят Закон «О профилактике правонарушений» от 29 апреля 2010 г., который нацелен на правовое воспитание посредством комплекса мер образовательного, информационного и организационного характера. В Законе Республики Таджикистан «Об образовании» регламентируется процесс обучения и воспитания¹¹⁴⁹.

Правовоспитательная и образовательная политика неразрывно связана со всей системой социального воспитания и обучения (юридического, педагогического и др.), осуществляется во взаимодействии с нравственным, патриотическим, трудовым, эстетическим, политическим и иными видами социального воспитания. Системность социальной системы воспитания человека служит основой формирования, по выражению В.С. Нерсисянца, «представлений и концепций так называемого морального права, религиозного права и т.д.»¹¹⁵⁰. Многие авторы полагают, что правовое воспитание и правовое обучение является важной составляющей правовой социализации личности в целом¹¹⁵¹.

В условиях начавшегося на Западе глубочайшего кризиса моральных, нравственных, этических ценностей правовое воспитание необходимо сопровождать нравственным воспитанием. В последние годы потребность в комплексном нравственно-правовом воспитании и образовании начинает пронизывать нормативный и доктринальный уровни правовоспитательной политики. Так, в соответствии с Законом Республики Таджикистан «О государственной службе» обязанностью государственного служащего является соблюдение норм служебной этики¹¹⁵². О значении правового воспитания в закреплении моральных установок, использовании традиций культурного воздействия, заботы и воспитания пишут многие авторы¹¹⁵³.

Потребность в эффективной правовоспитательной и правообразовательной политике обусловлена необходимостью формирования качественно нового по уровню и содержанию типа правосознания и правовой культуры на фоне переоценки традиционных и адаптации новых государственно-правовых ценностей, идей, установок. Она крайне необходима в условиях углубления конфлик-

¹¹⁴⁹ <http://www.medt.tj/documents/main/normativno-pravovie-akti/zakonodatelnie-akti/ru>.

¹¹⁵⁰ Нерсисянец В.С. Философия права: Учебник. М., 1998. С. 77.

¹¹⁵¹ См.: Гуляихин В.Н. Правовое воспитание человека как процесс формирования ценностно-смыслового компонента правосознания // Вопросы права и политики. 2014. № 8. С. 60.; Гулевич О.А., Голынчик Е.О. Правосознание и правовая социализация: учебное пособие. М., 2003. 270 с.

¹¹⁵² См.: Закон Республики Таджикистан «О государственной службе» // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. № 3. 2007. Ст. 166.

¹¹⁵³ См.: Мальцев Г.В. О различиях права и морали // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца. М., 2006. С. 224; Пищелко А.В. Социально-педагогические основы перевоспитания осужденных. М., 1992. С. 104 и др.

та культур и цивилизаций, влияния глобализации, распространения «чужих» социальных ценностных установок и ориентиров поведения, формирования глобального правопорядка вопреки национальным интересам. Она нацелена на активизацию правового просвещения различных категорий населения, стимулирование правомерного поведения субъектов новых экономических, в частности, рыночных отношений, модернизацию юридического образования и подготовку высококвалифицированных юристов, готовых к работе в условиях взаимовлияния различных типов правовых систем и правовых культур, возрастающих глобальных угроз и вызовов. Данная политика на современном этапе должна выстраиваться на основе правовых средств, «обеспечивающих превращение образования в движущую силу и ресурс социально-экономического развития, важный механизм формирования инновационного потенциала общества и экономики при одновременном сохранении юридических гарантий свободы и равного доступа к образованию, наиболее полного удовлетворения образовательных потребностей личности»¹¹⁵⁴.

Еще в советской юридической литературе была высказана мысль о том, что юридическая политика «лежит в основе создания новых норм, деятельности правоприменительных органов, а также учреждений, ведущих работу по правовому воспитанию населения»¹¹⁵⁵. Выработанные в советские годы доктринальные основы правового воспитания¹¹⁵⁶, а также опыт их реализации заслуживают внимания, о чем справедливо пишут многие авторы¹¹⁵⁷.

В то же время коренные общественные преобразования, изменение системы ценностей, переход от монистической идеологии к плюрализму, новое юридическое мышление, новые ориентиры развития общества, курс на построение правового государства и гражданского общества, правовая реформа в постсоветском обществе требуют выработки новейшей концепции правовой политики в сфере правового воспитания и образования¹¹⁵⁸. Коррупция, наркотическая угроза, организованная преступность, террористические акты, транснациональная преступность, новые глобальные угрозы требуют активизации усилий государства и институтов гражданского общества в сфере вос-

¹¹⁵⁴ Спасская В.В. Правовое регулирование образовательных отношений: проблемы теории и практики. 2-е изд. М., 2012. С. 4.

¹¹⁵⁵ Кудрявцев В.Н. Право и поведение. М., 1978. С.165–166.

¹¹⁵⁶ См.: Кудрявцев В.Н. Право и поведение. М., 1978. С. 188–189; Долгов А.И. Эффективность правового воспитания и проблемы ее оценки // Вопросы борьбы с преступностью. Выпуск 28. М., 1978. С. 50–54; Личность и уважение к закону. Социологический аспект. М., 1979. С.164–178 и др.

¹¹⁵⁷ См.: Востриков М.В. Развитие органической системы: условия, предпосылки, результат // Развитие общественных отношений социализма как целостности. Ростов н/Дону, 1989. С. 63; Мысляева И.Н. Человеческий фактор: политэкономический аспект. М., 1989. С.8 и др.

¹¹⁵⁸ См.: Сативалдыев Р.Ш. Правовоспитательная политика: научные основы и проблемы модернизации // Вестник Таджикского национального университета. 2014. 3/4 (139).С. 38–45.

питания и образования. На этом фоне ощущается потребность в повышении уровня правосознания и правовой культуры, качества образования, подготовки юридических кадров, способности правоохранительных органов к социальным вызовам и угрозам. Поэтому налаживание эффективной системы правового воспитания и образования имеет первостепенное значение. Не случайно в последние в годы исследователи стали придавать первостепенное значение проблемам правового воспитания и образования¹¹⁵⁹ на фоне происходящих преобразований экономической и политической системы¹¹⁶⁰, в контексте правового государства¹¹⁶¹, как условия реализации права¹¹⁶², правового формирования личности и правового регулирования¹¹⁶³, как формы социально-нормативного воспитания¹¹⁶⁴. Традиция исследования правового воспитания и образования через призму правовой политики поучила широкое развитие в постсоветской юридической науке¹¹⁶⁵.

Правовая воспитательно-образовательная политика обладает следующими свойствами: 1) она имеет собственные цели, вытекающие из целей правового воспитания и образования, но связанные со стратегией и тактикой правовой политики в целом; 2) она пронизывает мировоззренческую, идеологическую, культурно-духовную сферу, опирается на юридическую доктрину, систему правовых ценностей и нормативных установок; 3) она взаимосвязана с правотворческой, правоприменительной, правоохранительной, антикоррупционной, антинаркотической, информационной и другими разновидностями политики; 4) осуществляется посредством средств, форм, методов, технологий правового воспитания и образовательного процесса; 5) является комплексным образованием и распадается на более конкретные направления, связанные с правовым воспитанием и образованием различных категорий населения, в различных

¹¹⁵⁹ См.: Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права: монография. Волгоград, 2009. С. 123.

¹¹⁶⁰ См.: Долгополов О.А. Организация правового воспитания в современной России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2004. С.3–4.

¹¹⁶¹ См.: Проблемы теории государства и права: учебник / Под ред. В.М. Сырых. М., 2008. С. 497.

¹¹⁶² См.: Кваша А.А. Правовые установки граждан: Дисс ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. С.18.

¹¹⁶³ . Общая теория права. Курс лекций / Под общей ред. В.К. Бабаева. Н.Новгород, 1993. С. 485–486.

¹¹⁶⁴ Радьков О.С. Правовой нигилизм в России (конец XX – начало XXI в.). Автореф. дисс... канд. юрид. наук. Ростов н/Дону, 2005. С. 17 – 18.

¹¹⁶⁵ См.: Малько А.В. Теория правовой политики: монография. М., 2012. С. 202 – 215; Правовая политика: словарь и проект концепции / Под ред. А.В. Малько. Саратов, 2010. С. 82 – 89; Синюков В.Н. Политика Российского государства в сфере юридического образования // Правовая политика: словарь и проект концепции. Саратов, 2010. С. 82; Стреляева В.В. Правовое воспитание в условиях становления правового государства. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С.18; Туленова Г. Молодёжная политика в Республике Узбекистан: состояние и перспективы развития. Ташкент, 2008. С.5 и др.

воспитательно-образовательных учреждениях¹¹⁶⁶; б) ее стратегической целью является повышение уровня правовой культуры¹¹⁶⁷.

Однако на достижение целей правового воспитания и образования оказывают влияние многообразие политико-правовых, разнообразие типов правовопонимания, неодинаковый уровень обыденного, профессионального научного, общественного, коллективного, массового, группового и индивидуального правосознания. В условиях идеологического плюрализма, разнообразия политико-правовых идей, концепций, доктрин складываются различные правовые представления, установки, мотивации. Такое идейно-мировоззренческое многообразие затрудняет одинаковое восприятие правовых идей и представлений всеми социально-политическими группами и организациями. К примеру, воспитательно-образовательная политика, с одной стороны, призвана способствовать формированию в сознании членов общества нового правовопонимания, основанного на признании естественно-правовых требований¹¹⁶⁸. С другой стороны, на реализацию данной политики не может не повлиять наличие иных типов правовопонимания.

Правовая воспитательно-образовательная политика должна быть научно обоснованной. *Научные основы правовоспитательной и образовательной политики – это система научных знаний, принципов и рекомендаций, способствующих выстраиванию и реализации эффективной системы правового воспитания и образования, ее развитию, совершенствованию и модернизации*¹¹⁶⁹. Заслуживает поддержки предложение Е.К. Матевосовой о том, что научный подход призваны обеспечить образовательные учреждения и научное сообщество на базе единого специально организованного Научно-образовательного центра правового воспитания¹¹⁷⁰.

Вопросам выработки научных основ, принципов, форм и методов правовой политики в сфере правового воспитания и образования уделяется повышенное внимание в постсоветских государствах. Так, Указом Президента Рос-

¹¹⁶⁶ См.: Хамроев Ш.С. Проблемы правового воспитания школьной молодежи в Республике Таджикистан. Дисс. ... канд. юрид. наук. Душанбе, 2003; Хасанов Ш.К. Правовое воспитание как средство преодоления деформации правосознания осужденных (комплексный анализ). Душанбе, 2010.

¹¹⁶⁷ См.: Зубова Я.В. Правовое образование в развитии правовой культуры формирующегося гражданского общества в современной России: дис. ... док. соц. наук. Майкоп, 2010. С. 14. 373 с; Мартыненко Б.К. Правосознание, правовая культура и правовое воспитание // Проблемы теории государства и права / Под ред. В.М. Сырых. М., 2008. С. 497; Проблемы общей теории права и государства / Под общей ред. В.С. Нерсесянца. М., 2001. С. 409.

¹¹⁶⁸ См.: Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия. М., 1999. С. 271–272.

¹¹⁶⁹ См.: Сативалдыев Р.Ш. Научный характер правовой политики // Мир политики и социологии. Федеральный научно-практический журнал. 2013. № 11. С. 83–91.

¹¹⁷⁰ См.: Матевосова Е.К. Правовое воспитание как средство борьбы с правовым нигилизмом. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С.7.

сийской Федерации от 28 апреля 2011 г. утверждены «Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан»¹¹⁷¹, где правовое просвещение и правовое информирование граждан, развитие правового образования и воспитания подрастающего поколения, совершенствование системы юридического образования выступают основными направлениями данной политики. Концепция непрерывного воспитания детей и учащейся молодежи в Республике Беларусь¹¹⁷² определяет подходы к процессу воспитания, закрепляет приоритеты воспитания в учреждениях образования. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 г.¹¹⁷³ определяет приоритеты политики в сфере юридического образования и правового воспитания¹¹⁷⁴. В Проекте концепция правовой политики Кыргызской Республики на 2012-2016 годы предложены меры по преодолению проблем в сфере правовой пропаганды.

В Республике Узбекистан 25 июня 1997 г. принят Указ Президента «Об улучшении правового воспитания, повышении уровня правовой культуры населения, совершенствовании системы подготовки кадров правоведов, улучшении работы по изучению общественного мнения»¹¹⁷⁵. Постановлениями Кабинета Министров Республики Узбекистан соответственно от 21 и 22 июля 1997 г. образованы центры по повышению квалификации юристов и пропаганды правового просвещения. В 1997 г. принята «Национальная программа повышения правовой культуры в обществе». При Министерстве юстиции Республики Узбекистан в 2012 году учрежден Межведомственный совет по координации работы государственных органов по правовой пропаганде и просвещению. В 2012 г. принята Концепция дальнейшего углубления демократических реформ и формирования гражданского общества. На ее основе разработан проект новой редакции Национальной программы повышения правовой культуры в обществе.

В Республике Таджикистан издан Указ Президента Республики Таджикистан от 9 апреля 1997 г «О правовой политике и правовом воспитании

¹¹⁷¹ См.: Российская газета. 2011. 14 июля. Указанные приоритеты правовой политики изложены также в Проекте концепции правовой политики в Российской Федерации до 2020 г. (М., 2008, С. 27) и в проекте Концепция правоохранительной политики в Российской Федерации (Саратов, 2012, С. 19–20).

¹¹⁷² Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 30 декабря 2006 г.

¹¹⁷³ Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 гг. // Казахстанская правда. 2009. 27 августа.

¹¹⁷⁴ См.: Донаков Т. Концепция правовой политики – новый этап строительства правового государства // Казахстанская правда. 2009. 2 сентября; Ударцев С.Ф. Конституционная реформа 2007 г. в Казахстане в контексте эволюции формы государства // Парламентаризм в Казахстане: состояние и перспективы развития. Материалы международной научно-практической конференции. Астана, 22 ноября 2007 г. Астана, 2008; Фоменко Ю., Ударцев С.Ф. Нужны ли юридической науке страны Фламарионы? // Казахстанская правда. 2009. 21 апреля.

¹¹⁷⁵ Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. 1997. № 7. Ст. 179.

граждан Республики Таджикистан», приняты Постановления Правительства от 22 августа 1997 г. «О некоторых мерах по улучшению правового воспитания граждан и правовой работы в республике», от 25 апреля 2008 г. «О плане мероприятий по выполнению указаний, содержащихся в Послании Президента Республики Таджикистан»¹¹⁷⁶. Постановлениями Правительства утверждены «Национальная Концепция воспитания в Республике Таджикистан», Концепция национальной школы, Национальная концепция образования в Республике Таджикистан, Государственная программа патриотического воспитания молодёжи Таджикистана на 2006-2010 гг., Национальная Концепция развития физической культуры и спорта Республики Таджикистан, Национальная стратегия развития образования Республики Таджикистан до 2020 г. В Таджикистане приняты новые законы «Об образовании», «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», «Национальная Концепция образования в Республике Таджикистан», «Национальная концепция инклюзивного образования для детей с ограниченными возможностями», Концепция перехода на новую систему общего среднего образования, «Государственная программа развития образования Республики Таджикистан», «Государственная программа развития профессионального образования», «Государственная программа компьютеризации образовательных учреждений общего среднего образования», «Государственная программа изучения и обучения русскому и английскому языкам в Республике Таджикистан» и др. На данном этапе реализуются также Государственная программа воспитания подрастающего поколения в Республике Таджикистан на 2013-2017 годы, Государственная программа по всеобщему, комплексному, непрерывному и доступному экологическому воспитанию и образованию, Концепция государственной кадровой политики Республики Таджикистан, Государственная программа «Воспитание, подбор и расстановка руководящих кадров Республики Таджикистан из числа способных женщин и девушек».

Приоритеты правовоспитательной и образовательной политики определены в Программе правового обучения и воспитания граждан Республики Таджикистан на 2009-2019 годы, утвержденной Постановлением Правительства республики от 29 апреля 2009 года. Программа «Государственная система образования в области прав человека в Республике Таджикистан» разработана во исполнение Указа Президента Республики Таджикистан от 1 декабря 1999 г. «Об углублении процесса демократизации общественно-политической жизни в республике».

Таким образом, в Таджикистане, как и в других постсоветских государствах, создана необходимая нормативно-правовая база для реализации право-

¹¹⁷⁶ . Свод законов Республики Таджикистан. 1999. Т.1. С. 56-57.

вой политики в сфере правового воспитания и образования. Она нацелена на формирование правового сознания и правовой культуры на фоне происходящих глубоких перемен в обществе. В свою очередь, высокий уровень правосознания служит залогом эффективности правовой политики в целом, поскольку достижение результатов проводимой ныне правоохранительной, уголовно-правовой, антикоррупционной, антинаркотической, экологической и иных разновидностей правовой политики всецело зависит от уровня правового сознания их субъектов.

И.И. Камолов

Юридическая природа нормативных актов Президента Республики Таджикистан

Президент Республики Таджикистан в соответствии с действующей конституцией, является одним из основных субъектов исполнительной власти, обладающих при этом широкими нормотворческими полномочиями. Широта этих полномочий, прежде всего, обусловлены Президентской формой правления Таджикистана.

Президентская республика - это такая система правления, при которой высшее должностное лицо государства играет решающую роль в определении, как состава, так и деятельности высших органов исполнительной власти, государственного аппарата, в наибольшей степени определяет политический курс, политическое развитие страны. Термин «президент» происходит от латинского *presidente*, что буквально означает «сидящий впереди», а в переносном смысле - председательствующий, стоящий во главе.

Возникновение и развитие Президентской формы правления в литературах связывают с Соединенными Штатами Америки. Так, например Б.Х. Разоков отмечает, что президентская форма правления по структуре и функциональности в целом демонстрирует американскую модель республики¹¹⁷⁷. В республике Таджикистан становления и развитие Президентской республики имеет достаточно слаженную историю¹¹⁷⁸. Но в целом в ней прослеживаются некоторые сходства европейских моделей президентской республики в особенности французская модель. Предметом схожести служит, например, существование Правительства как

¹¹⁷⁷ Раззаков Б.Х. Президент Республики Таджикистан – глава исполнительной власти. Душанбе, 2010. С.93.

¹¹⁷⁸ Куканов А.З. Форма правления государства Таджикистан. Дисс. ...канд. юрид. наук. Душанбе, 2012. 180 с.

самостоятельного органа в системе исполнительной власти в Таджикистане, так и во Франции, наличие должности премьер-министра в системе Правительства республики и т.д.¹¹⁷⁹ Наиболее открытый взгляд на форму правления Республики Таджикистан имеет А.И. Имомов, который относит Таджикистан к суперпрезидентским республикам¹¹⁸⁰.

На наш взгляд, специфика такого превосходства исходит от широты его полномочий, но с другой стороны в законодательном плане компетенция Президента республики в системе исполнительной власти разграничивается между Президентом, Правительством и премьер-министром. Однако, ст. 64 Конституции республики, провозглашает Президента Таджикистана как главу государства и исполнительной власти, т.е. наряду с выполнением функций главы государства он также руководит деятельностью Правительства.

Полномочия Президента, определяющие содержание издаваемых им актов, установлены в Конституции (ст. ст. 69, 70). Президент РТ издает два вида правовых актов: указы и распоряжения (ст. 70 Конституции РТ).

Полномочие Президента по изданию указов и распоряжений предусмотрено также ст. 20 Закона Республики Таджикистан «О нормативно-правовых актах». Традиционно в правоприменительной практике, процесс нормотворчества Президента в государстве выражается в двух формах – глава государства осуществляет непосредственное участие в законотворческом процессе и выступает участником законотворчества в качестве субъекта законодательной инициативы¹¹⁸¹.

Но в целом в условиях унитарного государственного устройства Президент Республики Таджикистан участвует на всех уровнях и во всех стадиях правотворческого процесса.

Одним из главных особенностей правотворческой деятельности Президента Республики Таджикистан является его статусное участие, т.е. как глава государства, где ему предоставлено право выступать от имени народа и как главы исполнительной власти, где ему предоставлено право выступать от имени одной из ветвей государственной власти, а именно исполнительной власти. Наиболее широкими полномочиями Президента является участие Президента как главы государства, так как он участвует почти во всех стадиях законотворческого процесса, начиная от инициирования законопроекта вплоть до его подписания и опубликования. Полномочия Президента как главы государства также не ограничиваются

¹¹⁷⁹ Раззаков Б.Х. Президент Республики Таджикистан – глава исполнительной власти. Душанбе, 2010. С.93 (на тадж.яз.).

¹¹⁸⁰ Имомов А.И. Органы государственной власти Таджикистана. Душанбе, 2007. С. 41. (на тадж. яз.).

¹¹⁸¹ Мазуров А.В. Указы Президента Российской Федерации как источник права. Проблемы теории и практики. М., 1999. 172 с.

представлением законодательного проекта в парламент как субъекта законодательной инициативы.

Статья 58 Конституции Республики Таджикистан закрепляют права законодательной инициативы главы государства, которая в этом качестве делает статус Президента независимым от Правительства, где он может представлять законопроекты вне зависимости от Правительства республики. В случае осуществления законодательной инициативы как глава Правительства то тогда рассмотрение законопроекта на заседании Правительства обязательно.

Полномочия Президента Республики Таджикистана, в области правотворчество согласно Конституции Республики Таджикистан не ограничено его право законодательной инициативы. Президент имеет права осуществления непосредственного правотворчества, что отражается в принятии самим Президентом нормативных правовых актов, имеющие общеобязательный характер на всей территории республики Таджикистан. Таким образом, нормативные акты Президента стоят во главе угла системы нормативных правовых актов органов исполнительной власти Республики Таджикистан.

Как уже было отмечено выше, ст. 70 Конституции республики, гласит, что Президент в пределах своих полномочий издает указы и распоряжения. Критерием нормативности указов Президента Таджикистана выступают действия этих актов по кругу лиц, в пространстве и во времени. Главным показателем нормативности выступает их общеобязательность, а самое главное – они направлены на урегулирование общественных отношений, т.е. включают в себя нормы права. Указы Президента, имеющие индивидуальный характер, не являются нормативными актами (например, указ Президента РТ о назначении на государственные должности), но, несмотря на их подзаконный характер, они стоят первыми в системе нормативных правовых актов, принимаемых органами исполнительной власти. Этимологически «указ» (заимствование из польского языка) означает «письменное приказание, повеление государя»¹¹⁸².

Называя указами общие правила, установленные в порядке управления, Н.М. Коркунов отмечает, что «установление юридических норм по общему принципу есть дело законодательной власти и потому для того, чтобы установить их могла и исполнительная власть своим односторонним актом, необходимо предоставление ей этого права конституцией или законом»¹¹⁸³. В силу такого подчинения указов законам указ не может ни отменить, ни приостановить действие закона (суппензация), ни освободить кого-либо от подчинения закону (диспензация). Если в конституции прямо постановлено,

¹¹⁸² Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. М.: Государственное издательство иностранных словарей, 1955. Т. 4. С.480-481.

¹¹⁸³ Коркунов Н.М. Указы и законы. СПб., 1894. С.7.

что по определённом предмету юридические нормы должны быть установлены законом, указы этих предметов касаться уже не могут¹¹⁸⁴.

Таким образом, основным правовым актом начинает становиться не указ, а закон. «В начале XX века указы продолжали издаваться, но уже в сравнительно ограничительном виде, то есть их действие было направлено на проведение сугубо конкретных правовых акций или преобразований. Разработка же фундаментальных правовых актов осуществлялась в виде подготовки законов... Закон и указ как бы меняются местами»¹¹⁸⁵.

Следует согласиться с данными суждениями, так как закон в силу своего превосходства на сегодняшний день имеет приоритет над указом, более того так называемые фразы «во исполнения закона», «в соответствии с законом» превратились в формулы согласно которым исполняются требования закона и определяется ее нормативность.

Признание за указами Президента Республики Таджикистан возможности иметь нормативный характер приводит к необходимости охарактеризовать понятие «нормативность». Нормативность - одно из свойств права, которое «выражает общеобязательность правовых требований, закрепляет масштаб поведения людей, знаменует единство государственных и правовых установлений»¹¹⁸⁶. Отсюда можно прийти к выводу, что нормативные положения правовых актов характеризуются следующими чертами:

1) рассчитаны на определённый вид общественных отношений (регистрация в качестве предпринимателя, порядок уплаты налогов, получения пособий и т. д.), то есть в них закрепляются типичные для большинства лиц правила поведения;

2) действуют неопределённое число раз и реализация содержащихся в них правил в конкретных правоотношениях не прекращает их действие;

3) распространяют своё действие на любых лиц, которые вступают или могут вступить в правоотношения на её основе, обладающих, как правило, общими признаками (студенты, государственные служащие, пенсионеры и т. д.).

В юридической практике Республики Таджикистан правовая природа указов Президента было закреплено как в предыдущих, так, и действующем законе «О нормативных правовых актов» от 2009 года. В буквальном смысле текст статьи 20 Закона Республики Таджикистан «О нормативных правовых актов» остался неизменным и по сегодняшний день. Указ Таджикистан является единственной формой нормативных правовых актов Президента Республики Таджикистан.

¹¹⁸⁴ Коркунов Н.М. Указы и законы. С - Петербург. 1894. С.263.

¹¹⁸⁵ Селезнев Г.Н. Вся власть - закону! М., 1997. С.62.

¹¹⁸⁶ Кудрявцев В. Н., Васильев А.М. Право: развитие общего понятия // Советское государство и право. 1985. № 7. С.7.

Следует отметить, что издаваемые президентом акты не всегда именуется указами. В ряде стран президенты издают не указы, а декреты. Эти декреты, если их сравнивать с актами президента Республики Таджикистан, по своей сути являются указами, но в силу каких-либо причин (например, национальных традиций) именуется декретами. Наименование, которое присваивают своим нормативно-правовым актам каждый из органов государства, играет, безусловно, важную роль для определения характера принимаемого решения.

Однако его выбор носит скорее характер субъективного усмотрения законодателя, чем объективно обусловленной необходимостью¹¹⁸⁷.

В то же время в пункте второй статьи 20 Закона Республики Таджикистан «О нормативных правовых актов» Республики Таджикистан используется термин «нормативный правовой акт Президента Республики Таджикистан», что на наш взгляд требует дополнительного разъяснения. Суть термина «нормативный правовой акт Президента Республики Таджикистан» обозначает, что Президент может издавать как нормативный, так и правовой акт, однако пункт третий, данной статьи указывает на такую разновидность индивидуальные указы Президента и распоряжение, имеющие не являющимися нормативными актами иными словами правовые акты.

Однако традиционно все изданные указы Президента Республики Таджикистан используется термин указ, тогда как в других странах например в Российской Федерации в указах № 1178 и № 170 Президента Российской Федерации понятие «нормативный указ» не употребляется, а употребляется понятие «нормативный акт»¹¹⁸⁸. Понятие «нормативный акт Президента Российской Федерации» употребляется также в большинстве федеральных законов, где содержится положение о приведении Президентом своих актов в соответствие с ними.

В этом плане мы солидарны с А.В.Мазуровым, который предлагает использования термина «нормативный указ»¹¹⁸⁹. По нашему мнению, с точки зрения нормативности понятия «указ» и «акт» имеют одинаковое содержание. Однако употребление понятия «нормативный указ» является более грамотным и конкретным, так как обозначает, что некоторые указы Президента в настоящее время могут не иметь нормативного характера, в то время как употребление понятия «нормативный акт» даёт основание ошибочно предположить, что кроме указов нормативными могут быть другие акты Пре-

¹¹⁸⁷ Поленина С. В., Сильченко Н. В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. М.: «Наука», 1987. С.33.

¹¹⁸⁸ Мазуров А.В. Указы Президента Российской Федерации как источник права. Проблемы теории и практики. М., 1999. С.25.

¹¹⁸⁹ Мазуров А.В. Указы Президента Российской Федерации как источник права. Проблемы теории и практики. М., 1999. С.26.

зидента. Понятие «нормативный акт» целесообразнее употреблять для обозначения не только указов Президента, но и одновременно других нормативных правовых актов (например, «нормативные правовые акты Президента и Правительства Республики Таджикистан»).

Кроме того Президент Республики Таджикистан, как глава государства, издает нормативные указы, выходящие далеко за рамки исполнительной власти. К примеру, им уже приняты соответствующие указы в сфере правового воспитания, повышения статуса женщин в обществе, о провозглашении 2009 года – годом Абуханифы и др. Очевидно, что роль таких президентских указов в жизни общества и людей огромная. Тем не менее, указы Президента должны соответствовать Конституции и законам. Это предусмотрено как в самой Конституции (ст. 69), так и в Конституционном Законе Республики Таджикистан «О Конституционном Суде Республики Таджикистан» (ст. 14 п. «а»).

Проведенное нами исследование Указов и распоряжений Президента Республики Таджикистан заложенных в официальном сайте и приведенных в форме таблицы показал, что большая часть этих указов не имеют нормативного характера. Кстати, нами было проведено мини исследования в ходе, которого было выявлено еще одна форма личного правотворчество Президента под названием «указание Президента», которая не предусматривается Законом, но установлено в качестве отдельного раздела в официальном сайте главы государства и во многом активно практикуется в деятельности Президента Республики Таджикистан оно издается в форме распоряжения.

Следует заметить, распоряжения в основном издаются, а по оперативным, организационным и кадровым вопросам, а также по вопросам работы исполнительного аппарата Президента принимаются в форме распоряжений. Распоряжения Президента не являются нормативными (ч.3.ст.20 Закона). Однако на практике отдельные распоряжения Президента всё-таки носят нормативный характер, например, указание (распоряжение) Президента Республики Таджикистан исходящего из его послание в Маджлиси Оли Республики Таджикистан от 25 апреля 2008 года было подготовлено научно - публицистическое толкование Конституции Республики Таджикистан. Круг вопросов, по которым могут издаваться президентские указы, во многом зависит от конституционного закрепления статуса Президента.

В последнее время в определенных кругах идут споры относительно изменений и дополнений в Конституцию Республики Таджикистан от 26 сентября 1999 г. В частности отдельным 30 пунктом были обозначены «иные полномочия Президента, предусмотренные Конституцией и законами». С одной стороны, это может, по нашему мнению, означать указы и другие формы нормотворчество Президента имеют большие резервы, которые до сих пор еще не использованы Президентом Республики Таджикистан. Они состоят не только в

определении основания их издания, но и в уточнении предмета и границ регулирования указами. На наш взгляд, у нормативных указов за десятилетнюю историю их издания, как это парадоксально не выглядит, еще не сложилось «своего» предмета регулирования. Нормативные указы Президента Республики Таджикистан регулируют широкий круг разнообразных вопросов, охватывающих все сферы общественной жизни (от политики государства в определенной отрасли экономики до защиты малоимущих слоев населения и т.д.).

С другой стороны, данная формулировка считается «объективной информационной избыточностью» существующих в тексте нормативных правовых актов¹¹⁹⁰. Эти формулировки в текстах нормативных правовых актов несут в себе информацию о должном и возможном поведении воспринимающих субъектов, закрепляют и организуют социально необходимое и целесообразное поведение для них. Эта информация носит предписывающий характер, она первична, имеет определенную структуру, выполняет функцию ограничения разнообразия в поведении своих адресатов и т.д. Касается она экономических, политических, социальных и культурных аспектов их - поведения.

Правовой их делают, в отличие от иной социальной информации, форму издаваемых нормативных правовых актов в данном случае нормативный указ Президента, которая является общеобязательными. Поэтому это скорее всего исходить от чувства восприятие того или иного субъекта правопонимания. При этом субъектом правопонимания всегда выступает конкретный человек или группа лиц. Объектом же правопонимания могут быть: право в планетарном масштабе, право конкретного общества, отрасль, институт права, нормативно-правовые акты или отдельные правовые нормы¹¹⁹¹.

Таким образом, воспринимающий субъект - это, в некотором роде, субъект правопонимания, при этом его познавательная деятельность направлена на понимание смысла, заложенного в тексте какого-то конкретного нормативно-правового акта. Цель, стоящая перед воспринимающим субъектом, значительно конкретнее и имеет прямое практическое значение.

В правовой доктрине и юридической практике современного периода, актуальным становится определение сущности ежегодных посланий главы государства, которые непосредственно влияют на осуществление нормотворческой деятельности Президента и в целом на всю правотворческую деятельность государства. Правовая природа посланий Президента в литературах в основном вызывает споры на предмет их нормативности. Так, Ф.Т. Тахиров отмечает, что президентское послание должно рассматриваться как метод информирования парламента о

¹¹⁹⁰ Лупандина О.А. Информационная избыточность в текстах нормативных правовых актов. Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов, 2001. С.155.

¹¹⁹¹ Лупандина О.А. Информационная избыточность в текстах нормативных правовых актов. Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов, 2001. С.155.

внутренней и внешней политике Правительства, и такой метод распространен в так называемых президентских республиках, где президент одновременно является и главой Правительства и главой государства¹¹⁹². По мнению М.Махмудова и Р.Ш. Сативалдыева, послание Президента Парламенту является новой формой реализации Президентом законодательной инициативы¹¹⁹³.

Мы полагаем, что послание Президента не является нормативным правовым актом, так как в нем не содержатся нормы права, оно не обладает свойством нормативности и не закреплено Законом Республики Таджикистан «О нормативных правовых актов». Оно в большей мере обусловлено широкими полномочиями президента, сильной президентской властью в республике Таджикистан.

¹¹⁹² Тахиров Ф.Т. Политико-правовое значение послания Президента // Народная газета. 2005. 30 июля. № 29.

¹¹⁹³ Махмудов М., Сативалдыев Р. Законодательная инициатива Президента Республики Таджикистан и её значение в развитии независимого государства. Душанбе, 2011. С.21. (на тадж. яз.).

Раздел IV.

РАЗВИТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В УСЛОВИЯХ СТОЛКНОВЕНИЯ РАЗЛИЧНЫХ ТИПОВ ПРАВОПОНИМАНИЯ

И.А. Орлова

Концепт «нигилизм» в международном праве

Нигилизм, являясь общесоциальным явлением, находит свое выражение практически во всех сферах социальной жизни. «Нигилизм (от лат. *nihil* – ничто) – одно из самых противоречивых, во многом парадоксальных, часто эпатажных воззрений, захватывающих различные формы общественного сознания, культурной жизни – литературу, искусство, СМИ, а также сферу общения и повседневных поведенческих практик. Как интеллектуальный продукт нигилизм строится на отрицании, он паразитирует на извечной неудовлетворенности человека достигнутым – знаниями, условиями жизни, общественным положением и т. д. и на неукротимом стремлении к переменам, улучшениям, усовершенствованиям¹¹⁹⁴.

Формами социального нигилизма являются религиозный, моральный, правовой и др., например, темпоральный нигилизм как отрицание того или иного модуся времени¹¹⁹⁵.

Нигилизм как философское мировоззрение, как правило, связывают с негативным явлением. Правовой нигилизм, т.е. отрицательное отношение к праву, закону и правовым формам организации общественных отношений, во многих правовых исследованиях называют антиподом правовой культуры.

В негативном контексте он рассматривается и в правовой науке, особенно в отраслевых правовых дисциплинах, в том числе и в науке международного права. Так, Чебышев С.Н. отмечает, что «международно-правовой нигилизм с момента своего возникновения и до настоящего времени всегда оказывал и оказывает негативное воздействие на всю систему международных отношений, на развитие и совершенствование системы их правового регулирования»¹¹⁹⁶. Представляется, данное утверждение слишком категорично, хотя и объяснимо, учитывая, что ученый относится к советской школе права и рассматривает международно-правовой нигилизм с марксистско-ленинского подхода, обращая вни-

¹¹⁹⁴ Шавель С. А. Социальная природа нигилизма: социологический анализ // Социология. 2010. № 3. С. 54.

¹¹⁹⁵ Константинова Т.В. Темпоральный нигилизм и творчество: моменты соприкосновения // Современная теория, философия и методология исследований культуры. Сборник статей. СПб: Эйдос, 2012. С.624.

¹¹⁹⁶ Чебышев С. Н. Международно-правовой нигилизм и его критика. Автореферат дисс... канд. наук. Свердловск, 1984. С.6.

мание на его классовый характер. «В рамках буржуазной доктрины сложилось особое направление – международно-правовой нигилизм, генезис которого можно обнаружить и в добуржуазных политико-правовых воззрениях, ряд которых трансформирован ныне с учетом интересов и потребностей реакционных империалистических сил, несмотря на вуалирование многими их идеологами своей аргументации»¹¹⁹⁷.

Позиционирование той или иной концепции как нигилистической довольно условно, поскольку не определены критерии нигилизма (в том числе, международно-правового нигилизма).

Представляется, что нигилистические концепции будут возникать, существовать и развиваться параллельно с иными правовыми доктринами пока существует философская антонимическая пара «утверждение» - «отрицание».

Не пытаясь причислить все теории к нигилистическим, все же стоит отметить, что, как правило, новые правовые теории строятся на отрицании ценностей, лежащих в основе теорий прежних. В то же время даже самые откровенные нигилистические теории, отрицая прежние ценности, утверждают в качестве ценностей новые конструкты.

Международно-правовой нигилизм может выражаться в различных формах – как отрицание ценности самого международного права, так и в отрицании тех ценностей, которые лежат в основе различных доктрин и теорий международного права, в основании разных типов правопонимания.

Представление международного права как «позитивной морали» (Дж. Остин), исключение его из правовой системы в правовой доктрине разрабатывалось еще с XIX в.

На отрицании самостоятельности международного права как особой системы права построены монистические теории, признающие примат внутреннего (национального) права. В основном, это немецкие доктрины XIX-XX веков (Карл Фридрих фон Савиньи, Георг Фридрих Пухта).

С.Н. Чебышев указывал на «явно антигуманистический характер» немецких доктрин, что верно, но объяснимо: для немецкой правовой школы гуманизм не был той ценностью, которая определяла сущность права. Как отмечает Дьячек Т.И., «достижения школы гуманистов были учтены, но не имели решающего значения для догматики Пухты»¹¹⁹⁸.

Наиболее откровенное выражение реакционности социально-политического содержания международно-правового нигилизма проявилось в идеологических взглядах германского фашизма. В советской доктрине под-

¹¹⁹⁷ Чебышев С.Н. Международно-правовой нигилизм и его критика. Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С.5.

¹¹⁹⁸ Дьячек Т.И. Правовое учение Георга Фридриха Пухты: Догматический аспект. Автореферат дисс. ... канд. наук. СПб., 2009. С.11.

верглись критике многочисленные разновидности международно-правового нигилизма нацистских авторов – концепции «жизненного пространства» (К. Шмитт), «нового порядка» (Н. Гирке, Г. Бадер), «слабости» международного права и примата внешнеполитических соображений над необходимостью и даже возможностью его соблюдения (В. Брунс), «германского внешнего государственного права» (Л. Шехер), «военной необходимости» (А. Вальцог, А. Вагнер), «всемирного рейха» (Г. Ярайсс) и др.¹¹⁹⁹

Нигилистическими являются взгляды на возможность пренебречь международным правом (Г.Еллинек) для реализации интересов государств, т.е. фактически, отрицается ценность международного права как регулятора международных отношений.

И.И.Лукашук критикуя взгляды А. д'Амато (США), обращает внимание, что профессор «рассматривает право лишь как форму аргументации при попытках добиться от кого-либо определенного поведения..., что отказ рассматривать международное право как систему норм ведет к международно-правовому нигилизму, т.е. к непризнанию за ним правового характера»¹²⁰⁰.

К классическим теориям международного права относятся естественно-правовая и позитивистская (а, впоследствии к ним добавились социологическая и психологическая).

Создатели и сторонники естественно-правовой теории международного права (ее связывают с именами Г.Гроция, Э.Ваттеля) истоки международного права видят в морали, справедливости, неотъемлемой тесной связи права и морали (вплоть до органического единства права и морали). Как отмечает Байльдинов Е.Т., «идеи моральной природы права, в частности международного (естественное право), подчинения принимаемых государственных законов (санкционируемых государством обычаев) естественному праву и основанному на нем международному праву, а также его надлежащего обеспечения международными независимыми институтами, обладающими наднациональной юрисдикцией, владели умами классиков международно-правовой мысли»¹²⁰¹.

Торжеством естественно-правовой концепции стало закрепление в позитивном международном праве принципа уважения прав и свобод человека. Международное право приобрело всеобщий «гуманистический» характер.

Развитие естественно-правовой теории способствовало формированию различных современных либеральных доктрин международного права, ха-

¹¹⁹⁹ Чебышев С.Н. Международно-правовой нигилизм и его критика. Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С.5,15.

¹²⁰⁰ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2005.

¹²⁰¹ Байльдинов Е.Т. Основные концепции международного права и проблема обеспечения устойчивости глобального развития // Российский юридический журнал. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА. 2011. № 4 (79). С.100-115.

ракторной чертой которых является признание взаимосвязи права и морали. Одной из таких доктрин является моральная теория международного права, развитая в трудах Дж. Ролса. Ученый видит необходимость в решении проблемы «в соотношении справедливых политических принципов, регулирующих поведение государств, с договорной доктриной, и в объяснении морального основания международного права с этой точки зрения»¹²⁰². В современной отечественной правовой доктрине моральная теория права нашла своих сторонников. Так, Е.Т. Байльдинов международное право понимает «как продукт морали»¹²⁰³.

Позитивизм основан на различении права и морали, причем норма справедливости – это моральная норма, и понятие справедливости подчинено понятию морали¹²⁰⁴. В то же время «правила международного права... часто совершенно индифферентны к морали»¹²⁰⁵.

Правом признается только система норм, установленных и закрепленных сувереном (государством). Возведение этатистских воззрений в крайнюю степень приводят к отрицанию международного права, так как «отличительной чертой права, понимаемого как совокупность норм, установленных государством, является его принудительный характер», и международное право исключалось (Шершеневич Г.Ф.) из сферы права¹²⁰⁶.

Последующее развитие позитивизма выразилось в нормативизме Г.Кельзена, неопозитивизме Г.Харта и прочих доктринах. Введением основной нормы международного права Кельзен, с одной стороны, обосновывает само международное право но, с другой стороны, «устраняет суверена» (как отмечает Е.В.Тимошина, «безличная основная норма, заменившая персонифицированного суверена, отказ от «догмы суверенитета» и обоснование тождества государства и правопорядка стали теми теоретическими инструментами, которые позволили Г. Кельзену обосновать в рамках позитивистской модели правовой характер международного права как глобального правопорядка») ¹²⁰⁷.

¹²⁰² Джон Ролз. Теория справедливости. Новосибирск: Издательство Новосибирского университета, 1995. С.330.

¹²⁰³ Байльдинов Е.Т. Основные концепции международного права и проблема обеспечения устойчивости глобального развития // Российский юридический журнал. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА. 2011. № 4 (79). С.100-115.

¹²⁰⁴ Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. М.: Норма, 2005. С.586-606.

¹²⁰⁵ Харт Г. Л. А Понятие права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В.Афонасина и С.В.Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. С.229.

¹²⁰⁶ Поляков А.В. Российский правовой дискурс и идея коммуникации. Учебное пособие. СПб., 2006. С. 4 // <http://law.edu.ru/script/cntsource.asp?cntID=100018617/>.

¹²⁰⁷ Тимошина Е.В. «Устранить суверена»: идея глобального правопорядка в европейской правовой традиции // современные глобальные вызовы и национальные интересы. XV Международные Лихачевские научные чтения. 14–15 мая 2015 года. СПб., 2015. С.563.

Идеи отказа от суверенитета, установления сверхгосударства и всемирного права не забыты, они развиваются в западной правовой доктрине¹²⁰⁸.

Проводя анализ современных концепций международного права, Е.Т. Байльдинов обращает внимание на то, что «современный юридический позитивизм рассматривает международное право как объединенную систему правил, формируемых в соответствии с интересами государств. С точки зрения его представителей, международное право есть «объективная» реальность, которую необходимо отличать от собственно права, каким оно должно быть на самом деле». Основываясь на мнении Бруно Симма и Андреаса Паулуса (многократно цитируемом как в отечественной доктрине, так и в зарубежных изданиях), что «международное право не есть в буквальном смысле право, поскольку право может быть только твердым, мягкого же права быть не может»¹²⁰⁹, Е.Т. Байльдинов приходит к выводу, что «современный юридический позитивизм исходит из нигилистического понимания международного права...»¹²¹⁰, что, конечно, не может способствовать устойчивости глобального развития.

Как отмечал И.И. Лукашук, «в наше время откровенно нигилистические взгляды в отношении международного права в большинстве случаев видны в концепциях, согласно которым международное право является слабым правом, не обладающим достаточной обязательной силой, и на этом основании предлагается его усовершенствовать, превратив в надгосударственное право, опирающееся на надгосударственную власть. Речь, по существу, идет о замене реально существующего международного права чем-то совершенно нереальным»¹²¹¹. К нигилистическим Лукашук И.И. относит также те концепции, которые основаны на нормативном нигилизме (как пример приводятся взгляды Ф. Краточвилла, который полагает, что международное право состоит из отдельных мнений) и нормативном скептицизме (Т. Нардин, США), сторонники которого в систему права вводят не только нормы, но и иные стандарты¹²¹².

Среди постклассических концепций правопонимания наибольшее внимание уделяется интегративной теории и теории правового постмодернизма.

¹²⁰⁸ Блищенко И.П. Международное и внутригосударственное право. Госюриздат, М., 1960. С. 77.

¹²⁰⁹ Simma B., Paulus A. L. Symposium on Method of International Law: The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View // American Journal of International Law. 1999. Vol. 93. P. 302.

¹²¹⁰ Байльдинов Е.Т. Основные концепции международного права и проблема обеспечения устойчивости глобального развития // Российский юридический журнал. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА. 2011. № 4 (79). С.100-115.

¹²¹¹ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2005.

¹²¹² Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2005.

Интегративная теория, как соединение уже сформировавшихся ранее концепций правопонимания, подверглась довольно значительной критике в правовой доктрине¹²¹³. Лапаева В.В. отмечает, что «попытки построения интегративного правопонимания основаны на представлении о возможности соединения познавательных потенциалов различных теоретических подходов к праву в духе популярных сейчас идей так называемого теоретического плюрализма», что она не считает благополучным, поскольку «любая теория (если это действительно теория, т. е. целостное представление о закономерностях и существенных связях объекта) строится вокруг некой принципиальной основополагающей идеи, выражающей сущностное начало изучаемого явления»¹²¹⁴.

Концепция постмодернизма¹²¹⁵, и, соответственно, теории правового постмодернизма, являются более сложными, зачастую противоречивыми. Постмодернизм называют «чрезвычайно провокативным стилем эпохи»¹²¹⁶. Обращают внимание на то, что в культуре постмодернизм несет разрушительное начало, неслучайно основным методом постмодерна является деконструкция¹²¹⁷. Хотя в отношении метода постмодерна можно встретить и иные критические мнения, например, Губанов Н.И. полагает, что «основной метод постмодернистов – не придуманная ими деконструкция, а метафизика в гегелевском смысле в сочетании с софистикой»¹²¹⁸.

Среди философских направлений, «способных предложить новый подход к праву» и «предложить «постклассический» тип правопонимания» И.Л. Честнов выделяет феноменологию, герменевтику, антропологию и синергетику. И.Л. Честнов отмечает, что «применительно к концепции права вызов пост-

¹²¹³ См.: Козлихин И.Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1. С. 31-40.

¹²¹⁴ Лапаева В. В. Интегральное правопонимание в российской теории права: история и современность // Законодательство и экономика. 2008. № 5.

¹²¹⁵ В отношении понятия «постмодернизм» можно привести следующее определение, представленное В.Г. Воронковой: «Понятия «постмодернизм», «постмодерн» многозначны и используются для обозначения своеобразного направления в современной философии, искусстве, политике, религии, этике, образе жизни, мировосприятии; для периодизации культуры и обозначения соответствующей концепции, которая формируется на основе изменений, происходящих в общественных и экономических структурах в условиях модернизации общества. Постмодернизм – это многозначный и динамически подвижный в зависимости от исторического, социального и национального контекста комплекс философских, эпистемологических, научно-теоретических и эмоционально-эстетических представлений». - Воронкова В.Г. истоки возникновения постмодернизма: статус, разновидности и характерные черты // <http://eprints.zu.edu.ua/76/1/03vvgghc.pdf>.

¹²¹⁶ Моташкова С.В. Постмодернизм и интертекстуальность как проблемы диалога автора и читателя // Известия ВГПУ. 2015. № 2 (267). С.144.

¹²¹⁷ См.: Тарасов А.Н. Теория деконструкции как философско-теоретическая основа эстетики постмодернизма // Философия и общество. 2009. № 1. С.177 и др.

¹²¹⁸ Губанов Н.И. Ницета философии постмодернизма // Философия и общество. 2007. № 1. С.58.

классической научной картины мира предполагает, во-первых, признание многомерности права, его онтологическую диалогичность, включающую взаимобусловленность трех основных измерений правовой реальности – нормы права, ее восприятия правосознанием и реализации в правовом поведении»¹²¹⁹.

В философской доктрине обращается внимание на «практически полное, последовательное и сознательное разрушение категориального аппарата философии»¹²²⁰, а постмодернизм оценивается как «нигилистический комплекс, который всегда сопровождал и сопровождает успехи научно-технического знания, утверждение ценностей и норм современного общества. Этот нигилистический комплекс, возникший еще со времен Ф. Ницше, предполагает не столько переоценку всех ценностей, сколько отказ от классических ценностей и норм, выдвижение на первый план бессознательной субъективности, подчеркивание приоритетности витальных, эмоциональных и телесных потребностей человека и превращение рациональности и даже языка в средство репрессивного подавления чувственности и эмоциональности»¹²²¹.

Учитывая, что «право ритуализирует реальность, подчиняя ее нормам, позволяющим дифференцировать социальное и антисоциальное, ценности и антиценности, культурное и контркультурное; ПМ (постмодерн. – И.А.) становится слепком с действительности, в которой эти антиномии обостряют ситуацию, по сути обесценивают каждый элемент правовой системы»¹²²².

Стоит отметить, что, к сожалению, в новых теоретических правовых доктринах четко не определяется место международного права в структуре права. Так, И.Л. Честнов следующим образом определяет структуру права: «Структура права, следовательно, включает в себя нормы права, институты права, отрасли права и общности права». Однако место международного права в данной структуре не определено, указано лишь то, что «значительной особенностью по сравнению с отраслями внутринационального (внутригосударственного) права обладает международное право, подразделяемое, в свою очередь, на международное частное и международное публичное право»¹²²³. Кроме того, не ясно, где в данной системе место международного процессуального права – среди процессуальных отраслей или в блоке международного права.

¹²¹⁹ Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание // *Общественные науки и современность*. 2010. № 5. С.160-161.

¹²²⁰ Губанов Н.И. Указ. соч. С. 54-55.

¹²²¹ Огурцов А.П., Платонов В.В. *Образы образования. Западная философия образования. XX век*. СПб.: РХГИ, 2004.

¹²²² Попов Е.А. Влияние постмодернизма на социюридическую интерпретацию феномена современного гражданского общества // *ВВ: Вопросы права и политики*. 2013. № 1.

¹²²³ Честнов И.Л. *Постклассическая теория права. Монография*. СПб.: Издательский Дом «Алеф-пресс», 2012. С.465,470. Аналогичная позиция представлена в работе: Дорская А.А., Честнов И.Л. *Эволюция системы права в России: теоретический и историко-правовой подходы: Монография*. СПб.: Астерион, 2010. С. 92-125.

В общей теории права все чаще стали обращать внимание на тот факт, что «в условиях глобализации право уже не может пониматься как исключительно внутригосударственное явление»¹²²⁴.

В рамках коммуникативного подхода (А.В. Поляков) «право рассматривается как система институционального нормативного межсубъектного взаимодействия, которое имеет знаково-смысловую природу и осуществляется на основе специфических текстов»¹²²⁵.

Стоит согласиться с Марком Ван Хоеком в том, что «концепция коммуникации по отношению к праву может быть использована на различных уровнях»¹²²⁶. Коммуникативная теория права не лишает международное право правового характера. Так, А.В. Поляков отмечает: «Представляется, что как раз международное право и понимание прав человека в международном праве наиболее очевидным образом демонстрирует связь с идеей права как коммуникации. Понимание прав человека в международном праве не может основываться на внутригосударственных законах. Фактически, в международном праве действуют те же механизмы коммуникации, которые приводят к признанию прав человека на международном уровне и их существованию как правовых институтов на основе обычаев, принципов или заключенных договоров, но не на основе односторонней «воли суверена»¹²²⁷.

В то же время необходимо отметить, что и международное процессуальное право – результат коммуникационных процессов, происходящих между субъектами международного права, прежде всего, государствами.

Иные постклассические теории права построены на гипотезе, что «общая теория права в условиях глобализации должна включать и право надгосударственное (международное и региональное), и право негосударственное (каноническое, транснациональное, автохтонное)»¹²²⁸. Ван Хоек М. в связи с этим пишет: «Сегодня широкое признание получила концепция правового плюрализма, которая не ограничивает право государственной правовой системой, но распространяет его на различные формы институционализированных социальных организаций, таких как международное право, спортивные ассоциации или многочисленные формы «неофициального права»¹²²⁹.

¹²²⁴ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4 (309). С.21.

¹²²⁵ Там же. С.22.

¹²²⁶ Ван Хоек М. Право как коммуникация / Пер. с англ. А.В.Полякова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 2. С.51.

¹²²⁷ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4 (309). С.29-30.

¹²²⁸ Там же. С.21.

¹²²⁹ Ван Хоек М. Право как коммуникация / Пер. с англ. А. В. Полякова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 2. С.44.

Постмодерн как философское течение фактически определен вектором нигилизма, а размытость, неопределенность ценностей постмодерна, в том числе и в правовом поле, приводит к попыткам построения новых теорий, так или иначе, тяготеющих к нигилистическому концепту. Отрицание нормы как определяющего критерия права приводит к появлению новых конструктов, таких как, например, «моральные права»¹²³⁰, а также «мягкое право», в последнее время активно обсуждаемое в международно-правовой доктрине¹²³¹. В основе новых правовых явлений, таких как «частная юрисдикция»¹²³², «частное судейство»¹²³³ фактически лежит отрицание роли суверена как единственного актора в формировании правового поля.

Влияние постмодерна, как представляется, в дальнейшем приведет к развитию новых нигилистических правовых (в том числе международно-правовых) доктрин, а также теорий, представляющих в качестве права явлений неправовых.

Е.А.Сорокина

***Fides* как основа международно-правовых отношений Древнего Рима**

1. Известно, что первые видимые проявления добросовестности (лат. *bona fides*)¹²³⁴ относятся к римской правовой традиции, а ее истоки связаны с существовавшей категорией *fides*, которая признается «фундаментальной в западной цивилизации»¹²³⁵. Являясь центральным понятием в жизни и мышлении римского общества, она нашла отражение в его социальной, политической и

¹²³⁰ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 4 (309). С.22-23.

¹²³¹ Лукашук И. И. Международное «мягкое» право // Государство и право. 1994. № 8-9. С. 159-167.

¹²³² См.: Скворцов О.Ю. Частная (контрактная) юрисдикция и ее идейные истоки // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2005. СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. № 4. С.499-532.

¹²³³ Ковач К. Фундаментальные основы альтернативного разрешения споров. 5 мая 1993 г. (Из материалов Третьей ежегодной конференции по внесудебному разрешению коммерческих споров) // http://www.commonground.org.ua/ADR_Kovach.html (Дата обращения: 05.08.2016 г.).

¹²³⁴ Добросовестность является основным принципом права, который находит отражение в законодательстве каждого национального правового порядка, является неперенным атрибутом современного как публичного, так и частного права. На глобальном уровне закреплена в основных международно-правовых актах, в многочисленных соглашениях, резолюциях и декларациях. Безусловно, данный принцип предусматривается в наднациональном праве Европейского Союза, играет значительную роль в процессе унификации права.

¹²³⁵ Imbert V.J. De la sociologie au droit: la "Fides" romaine // Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl. Paris: Sirey, 1959. P. 415.

правовой действительности, а по своей сущности, как подчеркивал В. Кункель, «занимала место вне правопорядка, но всякий раз вновь и вновь вторгалась в правовую сферу, и под её непосредственным и решающим влиянием происходило формирование правовых предписаний»¹²³⁶.

Несмотря на важность категории *fides*, до сих пор существуют расхождения в интерпретации ее содержания и природы. Постоянно обращается внимание на ее многозначность и неопределенность, указывается, что, по существу, данная категория представляет собой открытую норму, основной принцип, которому невозможно дать четкое определение¹²³⁷. При этом одни исследователи ограничиваются констатацией религиозных признаков данной категории¹²³⁸, другие наделяют ее нравственным содержанием¹²³⁹. В некоторых случаях, усматривается исключительно моральная и религиозная составляющая в значении и содержании *fides*¹²⁴⁰, в других, обращается внимание на ее правовой характер, однако в сочетании с религиозным¹²⁴¹.

В целом представляется возможным выделить два основных подхода к трактовке данного понятия. Согласно первому, первоначально *fides* совпадает с «властью» одной стороны над другой, связывается с идеей личной подчиненности. Как указывает итальянский исследователь Р. Фьори, подобное представление было обусловлено влиянием этнологии на классические дисциплины, встречались даже магические трактовки *fides*, ближе к полинезийской интерпретации *tana* - магическая власть вождя или магическая сила слов. В соответствии со вторым подходом, при интерпретации данной категории, сосредотачивается внимание исключительно на соотношении *fides* и клятвы, так как источники (в основном) периода конца римской Республики, сохранившиеся после исчезновения институтов архаического права, особенно отражали данное значение. И в данном случае *fides* ассоциируется с верностью данному слову, которая ничем не отличается от клятвы¹²⁴². Анализируя данные подходы, Р. Фьори указывает, что они не являются обоснованными, акцентируется внимание,

¹²³⁶ Цит. по: Карлявин И.Ю. О методологическом значении категории «bona fides» (добрая совесть): немецкая правовая доктрина // Вестник Ивановского государственного университета. 2014. Вып. 1. С. 14.

¹²³⁷ Wilde M. de. Fides Publica in Ancient Rome and its Reception by Grotius and Locke // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 2011. Vol. 79. Issue 3-4. P. 459.

¹²³⁸ См., например: Grimal P. «Fides» et le secret // Revue de l'histoire des religions. 1974. Т. 185. N 2. Pp. 141-155.

¹²³⁹ См., например: Heinze R. Fides // Hermes. 1929. 64. Pp. 140-166.

¹²⁴⁰ См., например: Boyancé P. Les Romains, peuple de la fides // Bulletin de l'Association Guillaume Budé: Lettres d'humanité. 1964. N 23. Pp. 419-435.

¹²⁴¹ В отечественной литературе см., например: Кофанов Л.Л. Юридикологический характер римской *fides* в V-III вв. до н.э.: к интерпретации Полибия (VI. 56. 6-15) // Древнее право. Ivs antiquum. 2002. № 2 (10). С. 63-72.

¹²⁴² Fiori R. Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 3. Napoli: Jovene Editore, 2008. P. 238.

что существует широко распространённое заблуждение, что *fides* и *bona fides* – нравственные категории, с меняющимся содержанием, исследователь подчеркивает их правовой характер¹²⁴³.

На подробном анализе суждений и выводов Р. Фьори останавливаться не будем, так как на страницах отечественных исследований данный подход, с позиции либертарного типа правопонимания, весьма подробно, логично и последовательно развивается Д.В. Дождевым¹²⁴⁴.

В частности, ученый показывает, что *fides* выступает общей ценностью, положительной характеристикой личности и предпосылкой общения между равными, что не позволяет следовать утвердившейся потестативной трактовке данной категории. Вместе с тем, указывается, что «не следует сводить все богатство юридических функций *fides* к верности слову». Подобная господствующая узкая трактовка данной категории, основана на известном пассаже М.Т. Цицерона из его трактата «Об обязанностях», которым она и опровергается, так как философ «обосновывает действенность клятвы именем бога (*iusiurandum*) правовым началом, ставя в один ряд *fides* и *iustitia*» (Cic., *De off. III. 29. 104*)¹²⁴⁵. Как подчеркивает Д.В. Дождев, «клятва связывает не потому, что данное слово значимо само по себе, а так как оно отвечает требованиям верности (*constantia* – в обещаниях) и достоверности (*veritas* – в утверждениях) – качествам *vir bonus* (порядочного человека), носителя и воплощения правового начала на субъективном уровне»¹²⁴⁶. В данном случае, исследователь приходит к заключению, что «добросовестность – это такая ипостась личности, которая снимает личную специфику, устанавливая соответствие между данным лицом и нормативным участником правовых отношений, идеальная сторона человека, востребованная особым типом отношений, утверждающим и воплощающим справедливость как равное и всеобщее мерило благ и критерий поведения». Более того, справедливо замечание и о том, что добросовестность может выступать и как безличный стандарт – как модель правового поведения, как ориентир, концентрирующий требования правового принципа общения», то есть она является одним из специальных определений права, другим способом указать на справедливость меры, конструкции отношения, толкования, суждения, решения, поведения»¹²⁴⁷.

¹²⁴³ Ibid. 237-248

¹²⁴⁴ Дождев Д.В. Добросовестность (*bona fides*) как правовой принцип // URL: <http://www.igpran.ru/articles/3187/>; Он же. Правовое общение: опыт римского права // URL: <http://www.igpran.ru/articles/3188/> (Дата обращения: 20.12.2015 г.).

¹²⁴⁵ Дождев Д.В. Правовое общение... Указ. соч. В данном случае следует подчеркнуть известную содержательную близость и даже взаимозаменяемость “*iustitia*” и “*ius*”.

¹²⁴⁶ Там же.

¹²⁴⁷ Там же.

Интересный материал, подтверждающий подобное значение *fides*, как представляется, содержится в источниках, повествующих об истории Рима и римского общества и свойственно не только для частноправовых отношений (данный аспект в статье рассматриваться не будет), но и присущ для публичной власти и ее представителей в международных отношениях, то есть в отношениях между Римом и другими сообществами.

2. Прежде чем перейти непосредственно к характеристике данных случаев, целесообразно упомянуть о следующем. В своем трактате о «Духе законов» Ш.Л. де Монтескье писал: «международное право имеется у всех народов, оно есть даже у ирокезов, поедающих своих пленников: они отправляют и принимают послов, у них существуют определенные правила ведения войны и поведения в период мира...»¹²⁴⁸. Тем не менее, далеко не все согласятся с подобным утверждением французского мыслителя, более того, в том случае, если говорить об истории международного публичного права, то как отмечается, «по большей части она игнорировалась учеными на протяжении многих веков»¹²⁴⁹, являлось превалирующим отрицание существования международных отношений в древнем мире, особенно в том случае, если обратится к исследованиям данной проблематики, сложившимся в XIX столетии.

Подобное отрицание, по сути, было обусловлено влиянием позитивизма при характеристике международных отношений¹²⁵⁰, а также преобладанием данного направления в исторических исследованиях. Так, например, отмечается, что представляя историю как «совокупность установленных фактов», позитивисты полагали, что они содержатся в самих исторических документах, главным образом письменных, «из которых их остается только извлечь с помощью методов «исторической критики»... Историк собирает факты, несет их домой и готовит из них блюдо в соответствии с собственным вкусом»¹²⁵¹.

Кроме того, как указывает О.В. Буткевич, представители позитивизма считали, что «право вообще и международное право в частности не могут исследоваться исторически, поскольку у них не существует исторических источников (истоков): право, согласно позитивистскому его видению – это то, что

¹²⁴⁸ Монтескье Ш.Л. О духе законов. Избранные произведения // URL: <http://www.lomonosov-fund.ru/enc/ru/library:0117583> (Дата обращения: 25.06.2016 г.).

¹²⁴⁹ Buis E.J. Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches. In: Dube T. (ed.) Ancient Entanglements: The Influence of Greek Treaties in Roman 'International Law' under the Framework of Narrative Transculturation. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014. P. 153.

¹²⁵⁰ По данной проблематике см., например: Дорская А.А. «Позитивное направление» в международном праве XVIII-XIX вв. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2014. № 3. Сс. 208-216.

¹²⁵¹ Цит. по: Ильичев А.А. Позитивистские стратегии реконструкции исторических фактов // Известия Саратовского университета. Новая серия. Серия философия. Психология. Педагогика. 2011. Т. 11. № 4. С. 4.

существует в данный момент. Источники, содержащие тексты не сугубо правового, а тем более не позитивно-правового характера, позитивисты вообще не считали возможным изучать»¹²⁵².

Следует отметить, что в том случае, если обращалось внимание на проблематику происхождения международных отношений, то акцентировалось внимание на объяснении причин их отсутствия в древности. При этом представители позитивистского подхода зачастую настаивали на религиозном, а не правовом характере отдельных категорий и институтов древнего международного права. Так, например, при анализе древнеримской коллегии фециалов, которая стала признаваться «одними из наиболее выдающихся учреждений раннего международного публичного права»¹²⁵³, ей придавалась исключительно религиозная интерпретация¹²⁵⁴. Это же направление (т.е. позитивистское) поддерживало и теорию, восходящую к итальянскому философу XVIII столетия Д. Вико о международной враждебности и отсутствии отношений между народами в древности¹²⁵⁵, которая в XIX столетии особенно развивалась Т. Моммзенем и имела многих последователей. В частности, немецкий ученый утверждал, что первоначальным состоянием жизни общностей были война; за пределами латинской нации не было и не существовало никаких прав, житель иностранной территории – *hostis*¹²⁵⁶. Подобный подход развивался, например, и известным бельгийским ученым Ф. Лораном, который стремился показать, что в древние времена люди находились в состоянии, ложно называемом «естественным», и в котором существовала война всех против всех. Отсутствовало универсальное право и равенство в отношениях между народами¹²⁵⁷.

В русле суждений зарубежных ученых рассуждали и отечественные специалисты в области международного публичного права. Так, например,

¹²⁵² Буткевич О.В. У истоков международного права // URL: <http://www.rumvi.com/products/ebook/%D1%83-%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%BE%D0%BA%D0%BE%D0%B2-%D0%BC%D0%B5%D0%B6%D0%B4%D1%83%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0/e159569e-1745-40e6-9c68-31ef1d877865/preview/preview.html> (Дата обращения: 25.06.2016 г.).

¹²⁵³ Подробнее см.: Frank T. The Import of the Fetial Institution // *Classical Philology*. 1912. Vol. 7. №. 3. P. 335.

¹²⁵⁴ Подробнее см.: Ri L.D. As interpretações do ius fetiale e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga // *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, 2010. Vol. 31. №. 60. Pp. 225-255.

¹²⁵⁵ Ibid. P. 230.

¹²⁵⁶ Цит по: Yuzzelli O.A. El derecho internacional en Roma. El ‘ius fetiale’ // URL: http://www.derecho.usmp.edu.pe/2ciclo/fuentes_romanicas_derecho/DR_OYARCE/feciales_nueva_ed_1.pdf (Дата обращения: 25.05.2016 г.). Следует отметить, что концепция враждебности основывалась также на том, что *hostis* – это враг.

¹²⁵⁷ Подробнее см: Buis E.J. Las lágrimas de Zeus, la prudencia de Atenea: Normas humanitarias, fuentes históricas y el reconocimiento de un ‘derecho internacional’ en el mundo griego antiguo // *Revista Jurídica de Buenos Aires*. 2012. Pp. 360-361.

подчеркивалось, что «весь древний мир совершенно не знал уважения человеческой личности и международные отношения были вовсе не развиты; общее правило – враждебное отношение между государствами и нескончаемые истребительные войны»¹²⁵⁸. В.П. Данилевский относительно существования международных отношений в древнем Риме, указывал, что «история Рима не выработала ни правильных и постоянных международных отношений, ни оснований международного права. *Не только древнейшая, но и республиканская история Рима проникнута идеей поклонения грубой силе*»¹²⁵⁹.

Объяснить ошибочность суждений ученых того периода – довольно просто. Исторический анализ данной проблематики был едва начат, а большинство фактов прошлого были еще абсолютно неизвестны.

В последующем на основе внимательного анализа источников было доказано, что римляне признавали наличие ряда правовых отношений с другими народами¹²⁶⁰, а подробные исследования отдельных категорий и институтов (например: *hostis, hospitium, amicitia, bellum iustum, pax*), сложившейся системы мирных международных договоров Рима с другими государствами¹²⁶¹, послужили основой для пересмотра теории враждебности, признания наличия международных отношений в античности.

Так, например, в том случае, если обратиться к исследованию понятия “*hostis*”, то очевидно, что первоначально в нем отсутствовали «следы враждебности, которые с течением времени были им приобретены»¹²⁶². В том случае, если вспомнить римскую мифологию, то история межгосударственных отношений Рима началась с поразительного примера, а именно, «внутренней» и «международной» дружбы (*amicitia*)¹²⁶³.

Безусловно, следует обратить внимание на тот факт, что в Риме существовали определенные правила относительно справедливой/законной вой-

¹²⁵⁸ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т.1. СПб.: Типография А. Бенке. 1895. С.24.

¹²⁵⁹ Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Вып. I. Харьков: Типография А.Н. Гусева. 1892. С.23.

¹²⁶⁰ Цит. по: Сини Ф. *Varr. De ling. Lat.* 5.85 и римское «международное право» (размышления о *fides, bellum, hostis, pax*) // Древнее право. *Ivs antiquvm.* 2003. № 2 (12). С.54.

¹²⁶¹ См., например: Baldus Ch. *Vestigia pacis. The Roman peace treaty: structure or event?* In: Lesaffer R. *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One.* New York: Cambridge University Press, Pp. 103-146; Ziegler K.-H. *The influence of medieval Roman law on peace treaties* In: : Lesaffer R. *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One.* New York: Cambridge University Press, P.147-161.

¹²⁶² Подробнее см.: Калоре А. *Hostis и примат права* // Древнее право. *Ivs antiquvm.* 2015. № 1 (31). С.99-129.

¹²⁶³ Подробнее см.: Burton P.J. *Friendship and Empire: Roman Diplomacy and Imperialism in the Middle Republic (353-146 BC).* New York: Cambridge University Press. 2001. P.1.

ны¹²⁶⁴, она должна была иметь определенные причины, нуждалась в оправдании, как подчеркивается, «определяющим было ее восприятие как состояния нечестивого и неестественного»¹²⁶⁵. Кроме того, немецким ученым Д. Либе отмечалось, что ни у одного народа не было такой, какая была создана у римлян «отточенная теория войны»¹²⁶⁶. Вместе с тем, обращается внимание, что обычно, Рим «протягивал руку врагу» и представлял определенные привилегии – гражданские права, защиту побежденным, присоединял к своему могуществу, тем самым увеличивая свою силу и мощь¹²⁶⁷.

Не следует забывать и об упоминавшийся коллегии фециалов, которая, вероятно, наряду с другими органами государственной власти Рима, регулировала отношения римлян с другими общностями, а в результате их деятельности сложилось право фециалов (*ius fetiales*), основой которого являлась категория *fides*, о чем свидетельствует фрагмент Варрона в работе «О латинском языке». Так, римский антиквар объясняет этимологию слова *fetiales* ссылкой на функцию, представлявшую собой очень важную прерогативу этих жрецов: «фециалы ручались за отношения *fides* между общинами различных народов, потому что именно через них возвещались войны, становясь при этом справедливыми, а затем и заканчивались, чтобы, на основании договора, устанавливался мир; из их числа посылались те, кто, прежде чем война возвещалась, требовали удовлетворения, и через которых и теперь еще заключаются договоры»¹²⁶⁸. Таким образом, подчеркивается тесная взаимосвязь между *fides* и *fetiales*. Вместе с тем, *fides* являлась основой международных отношений Рима и после того, как данная коллегия прекратила свое существование¹²⁶⁹.

3. Обращаясь к тем случаям, о которых упоминалось, уместно вспомнить слова Цицерона о том, что «люди рождены, чтобы быть частью сообщества и ради других людей, чтобы быть полезными друг другу и в этом они должны следовать природе как руководительнице и служить общим интересам» (*Cic. De off., I.7.22*). Более того, лицо, осуществляющее деятельность в государственно-публичной сфере должно понимать, что «оно представляет городскую

¹²⁶⁴ О толковании *bellum iustum* в качестве справедливой или законной в отечественной литературе см., например: Дементьева В.В. *Bellum iustum*: война «справедливая» или «законная»? (К дискуссии о значении понятия у Цицерона) // Древнее право. *Ivs antiquum*. 2015. № 1 (31). С.28-52.

¹²⁶⁵ Сморгчов А.М. Объявление войны (*indictio belli*) в фециальном праве: теория и реальность // Древнее право. *Ivs antiquum*. 2015. № 2 (32). С.59-60.

¹²⁶⁶ Цит. по: Дементьева В.В. Указ. соч. С.37-38.

¹²⁶⁷ Buono-Score Varas R. Los tratados en el mundo romano // *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 2003. № 25. P.23.

¹²⁶⁸ Сини Ф. Указ. соч. С.42.

¹²⁶⁹ О точной дате появления коллегии *fetiales* существуют различные мнения, однако по данным источников можно точно утверждать, что она была создана в период царей. Ко II в. до н.э. о данной коллегии уже ничего не известно.

общину и должно поддерживать ее достоинство и честь, соблюдать законы, определять права и помнить, что они поручены его *fidei*» (*Cic. De off., I.34.124*).

Подтверждение сказанному возможно обнаружить в случае, который описывается Т. Ливием в «Истории Рима от основания города». Речь идет о поведении римского консула-трибуна – Марка Фурия Камилла (*Marcus Furius Camillus*) в отношении фалисков.

Ливий рассказывает, что когда римская армия под командованием Камилла осадила вражеский город Фалерии, у фалисков произошла внутренняя измена. Согласно сложившемуся у них обычаю, обучение детей знатных фалисков поручалось самому знающему и учёному человеку. Воспользовавшись возможностью, он увёл учеников из города в римский лагерь и передал под стражу римлянам. Этот поступок, как объяснил учитель Камиллу, обеспечил бы Риму победу над Фалериями. Однако Камиллом было отвергнуто данное преимущество и им подчеркивалось, что между Римом и Фалериями нет общности, основанной на соглашении или договоре людей, однако между сторонами существует общность, порождённая природой. Поэтому и существует право войны и мира. Он, как и Рим, будет добиваться победы на поле боя (*Liv. V.27.6*).

Не воспользовавшись выпавшей возможностью, Камилл вернул детей фалискам, а они со своей стороны решили сдаться Риму, и именно *fides* послужила основой для подобного решения (*Liv. V.27.10-11*), так как римские принципы и законы превосходили их собственные. Благодаря действиям Камилла они убедились, что положение тех общностей, которые находились под властью Рима не было плачевным, а было предпочтительным (*Liv. V.27.12*).

Ливий завершает описание данной истории следующим образом: в результате Камилл вернулся в Рим, осенённый гораздо более яркой славой, чем та, что он завоевал ранее, и он в данном случае он победил врагов с помощью справедливости и *fidei* (*Liv. V.28.1*).

Цицерон в своем трактате «Об обязанностях» описывает известный случай, который произошел с римским магистратом и связан с *fides*. В частности, речь идет о героической жертве римского консула Марка Атилия Регула (*Marcus Atilius Regulus*), который во время первой пунической войны попал в карфагенский плен, был отпущен в Рим для того, чтобы передать сенату предложения об обмене пленными и условиях мира. Он был вынужден обещать, что вернется в Карфаген, если их военнопленные не будут возвращены. Следуя своим интересами, по мнению Цицерона, он должен был «остаться на родине, жить дома вместе с женой и детьми, считая понесенное им на войне поражение обыкновенной превратностью боевого счастья, сохранять высокое положение консула» (*Cic. De off., III.26.99*).

Вместо этого Регул посоветовал сенату не освобождать пленных и сам вернулся в Карфаген, аргументируя данный поступок требованием *fides*. При

этом Цицерон обращает внимание, что если кто-то нарушает клятву, данное слово, то он провоцирует гнев богов, однако гнева богов не существует. Регул возвратился в Карфаген не из-за перспективы божественных санкций, а как указывает философ, «что здесь дело идет уже не о гневе богов, которого не существует, но о *iustitiam et ad fidem pertinet*» (Cic. *De off.*, III.29.104).

В данном случае справедливо замечание о том, что античный человек не сомневается в существовании богов, ему не требуется акта доверия, (слепой) веры, отказа от суждения. Он не верит в бога, он носит веру в себе как личное качество, разделяя ее с другими. Несомненность и незыблемость миропорядка выступает основанием для нахождения себя, для обогащения личности¹²⁷⁰.

Именно эти две истории являются наиболее цитируемыми в источниках, хотя, безусловно, существовали и другие примеры, в которых должностные лица как придерживались, так и нарушали *fides*¹²⁷¹. Иногда подобные случаи рассматриваются только в качестве «поучительных сказок»¹²⁷². Действительно, характер их историописания свидетельствует от том, что римские авторы показывали Рим в определенном свете, то есть, каким образом римляне в отношениях с другими общностями и народами действовали в «прошлом», и каким образом они будут действовать в «будущем», то есть не следует отрицать идеологическую составляющую данных историй. Тем не менее, очевидно, что *fides* – это та правовая основа, которая находилась в центре отношений между Римом и другими сообществами, образовывала связь между ними и укрепляла их взаимоотношения.

¹²⁷⁰ Дождев Д.В. Правовое общение... Указ. соч.

¹²⁷¹ См., напр., Cic. *De Off.* I.40., III.86; Liv. *Per.* 13; Val. Max. 6.5.1. Известный случай, связанный с нарушением *fides* римлянами в отношении другой общности, подробно описывает историк Аппиан. В частности, речь идет о судебном процессе против Сервия Сульпиция Гальбы (Servius Sulpicius Galba), который во время военной компании на Пиренейском полуострове в результате недостойного поведения победил лузитанцев. Когда жители Лузитании просили его о мире, он выслушал их с притворным дружелюбием, пообещал расселить их в три, хотя и отдаленные друг от друга, но плодородные области. В результате они были разделены на три части, хитростью обезоружены, часть из них Гальба убил, а другую часть увёл в рабство. Согласно источникам он должен был быть привлечен к ответственности за нарушение *fides*, однако на суде Гальба сумел внушить к себе сострадание тем, что в своей речи указал на своих детей, которые в случае его осуждения погибнут несчастными сиротами и народ высказался за его оправдание (App. *Ib.* 60; Liv. 39.40; Val. Max. 8.1.2; Gell. N.A. 1.12).

¹²⁷² Wilde M. de. *Op. cit.* P. 465.

**Международное право XIX – начала XX вв.
как этап становления международного права и
его соотношение с национальным правом Российской империи**

В современной теории государства и права общепризнанным является определение права как системы норм, направленной на упорядочение общественных отношений. При этом, необходимо понимание, что право регулирует отношения как в пределах территории государства, так и на международной арене, в рамках мирополитической системы. Право в целом представляет собой множество национальных правовых систем (их количество соответствует количеству государств соответствующего периода) и международное право.

Если рассматривать право с точки зрения его структуры, то несомненно можно говорить о сосуществовании двух правовых систем: национального и международного права. Международное право как и национальное генетически связано с государством. Кроме того, международное и национальное право не могут быть обособлены друг от друга, ведь если национальная правовая система еще может рассматриваться автономно и самодостаточно, международное право немислимо вне связи с государствами – основными творцами и субъектами и соответственно национальным правом.

Нельзя не согласиться с Т.Ш. Риядом, который в своем исследовании отмечает, что «международное и национальное право имеют глубинные черты сходства, обусловленные их связью с государством, различными аспектами его суверенитета, а также интеграционными процессами в мире и т.д. С другой стороны, в рамках общностей они представляют относительно самостоятельные правовые системы, обладающие комплексом присущих им свойств и признаков. Однако, черты сходства и различия между ними могут иметь подвижные соотношения в зависимости от характера национального правопонимания, специфики задач, решаемых государствами, характера правовой культуры и т.д.¹²⁷³ Таким образом, с одной стороны – международное и национальное право это обособленные правовые системы, с другой стороны, между ними много общего, а также безусловно важным для понимания является их взаимосвязь и взаимодействие в рамках регулирования отношений.

В связи с этим, представляется необходимым анализ национального права во взаимосвязи с международным правом, в том числе в историко-правовых исследованиях, что позволит более качественно рассматривать и характеризовать соответствующие государственно-правовые явления и процессы.

¹²⁷³ Рияд Т.Ш. Соотношение международного и внутригосударственного (национального) права: Теоретические аспекты. Дис... докт. юрид. наук. М., 2003. С.112.

Несомненно, что международное право это динамическая система, оно прошло в своем развитии длительный и весьма сложный путь, претерпевая как качественные, так и количественные изменения. Говоря о периодизации международного необходимо понимать ее условный, в ряде случаев субъективных характер. Вместе с тем, каждый последующий этап в развитии международного права является более прогрессивным по отношению к предыдущему.

Хронологические рамки настоящего исследования ограничены XIX – началом XX веков, периодом активного становления мирополитической системы с непосредственным участием российского государства и ее юридического оформления. Представляется целесообразным, выделение в самостоятельный этап в связи с возможностью определения самостоятельных специфических черт и характеристик.

Именно к XIX веку международное право получило свое признание в качестве новой правовой сформировавшейся правовой системы.

Окончание наполеоновских войн дало толчок новому этапу развития международных отношений и резкому усилению миграционных процессов, которые в том числе были сопряжены с интенсификацией международных отношений и их юридического оформления. Середина XIX века ознаменовалась усиленным развитием позитивного международного права, что также на наш взгляд было связано с определенным «затишьем», преимущественно мирными отношениями между государствами.

Постепенно расширялся круг межгосударственных отношений, входящих в предмет международного права. Изначально спектр таковых отношений был узок – первичные взаимодействия государств ограничивались преимущественно военными и торговыми взаимодействиями, однако, постепенно предмет стал расширяться и к XIX веку представляется возможным выделить следующие группы вопросов, подпадающих в том числе под межгосударственное регулирование: публично-правовые характеристики государства, внешнеэкономическая деятельность, вопросы подданства, предоставление личных и имущественных прав иностранным подданным, семейные отношения с иностранным элементом, взаимодействие в рамках уголовного права, уголовного и гражданского процесса. Вместе с тем, как видно из приведенного круга вопросов, в ходе развития международного права, к XIX веку появилась возможность дифференцировать его предмет на международные межгосударственные отношения (сфера международного публичного права) и международные негосударственные отношения (преимущественно сфера международного частного права).

Зеркалом, отражающим процесс формирования единой мирополитической системы является правовое оформление, которое предполагает создание международно-правовых актов, регулирующих отношения между государствами и освещающих основные принципы их взаимодействия друг с другом. Та-

ким образом, любое государство, открываясь внешнему миру, присоединяясь к мировому сотрудничеству, участвует в разработке соответствующих международных договоров, анализ которых позволяет по прошествии многих десятков лет, говорить о соответствующих процессах и их значении.

Основным с точки зрения значимости источником международного права в исследуемый период времени стали международные договоры. Ф.Ф. Мартенс писал: «Под международными договорами, в значении источников международного права, мы разумеем всякого рода обязательства, взаимно принимаемые на себя государствами, - выражены ли они в трактатах и конвенциях, или в нотах и декларациях. Такие соглашения государств представляют по преимуществу тот источник, изучение которого необходимо для полного уразумения существующих международных правоотношений»¹²⁷⁴. Система международных договоров российского государства активно начала формироваться с петровских времен, когда Россия включилась в систему межгосударственных отношений и начала активное формирование правовой базы взаимодействия с иностранными государствами, заключая международные договоры различного содержания. Договорная форма взаимодействия России с другими государствами уже в XVIII - первой половине XIX вв. приобретала особое значение в регулировании взаимоотношений в различных сферах, как взаимодействия государств, так и частно-правовых субъектов. Уже в рассматриваемый период времени были выработаны различные названия международных договоров: договор, соглашение, пакт, трактат, конвенция, декларация и т.д. При этом, отметим, что твердо установленного значения тех или иных названий изначально, как и на последующих исторических этапах развития, не существовало, однако, Д.П. Никольский высказал мнение, что декларация есть официальный акт, в котором несколько государств указывают основные принципы своей будущей политики; конвенции и трактаты отличаются особенно торжественной формой и устанавливают для подписавших их государств взаимные права и обязанности. Конвенции считаются менее торжественной формой, чем трактаты, разница между конвенциями и трактатами не качественная, а количественная¹²⁷⁵. Сторонами в договоре изначально признавались суверенные государства, от имени которых соглашения заключали государи или иные уполномоченные на то лица.

Система международных договоров российского государства активно начала формироваться с петровских времен, когда Россия включилась в систему межгосударственных отношений. Международные договоры с самого начала их заключения, являясь основным источником международного пра-

¹²⁷⁴ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах/ Под редакцией и биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. Т.1. М.: Зерцало, 2008. С. 165.

¹²⁷⁵ Никольский Д.П. Международное право. СПб., 1903. С.16.

ва, играли значимую роль в регулировании отношений, как непосредственно на уровне международного права, так и на внутригосударственном уровне.

Генезис системы договоров с точки зрения содержания (предмета регулирования) можно охарактеризовать повышением специализации: от мирных договоров, имевших преимущественно политическое значение до специальных конвенций, которых с течением времени становилось все больше по количеству, параллельно с этим можно наблюдать расширение предмета регулирования данных соглашений. Таким образом, в дореволюционный период сформировалась весьма обширная система международных договоров, регулирующих различные вопросы не только международно-правовой сферы, но и внутриправового значения.

Кроме того, при анализе основных источников международного права нельзя не упомянуть и международно-правовые обычаи, как исторически первичный и значимый источник. Обычные нормы предполагают в первую очередь признанную сложившуюся практику межгосударственного общения. В основе формирования многих отраслей международного права лежали именно международные обычаи.

Система источников международного права может быть дополнена и иными официальными актами и документами правового характера, направленными на упорядочение межгосударственных отношений: дипломатические акты, акты международных организаций, судебные решения, количество которых существенно возросло в рассматриваемый период.

В определенной степени международно-правовую доктрину также можно рассматривать в качестве источника международного права, так, в рассматриваемый период времени работа и решения Института международного права, неправительственной международной организации, объединявшей ведущих ученых в сфере международного права, оказали существенное влияние на международно-правовую практику государств и ее юридическое оформление. В ряде случаев акты внутреннего законодательства в том числе можно отнести к источникам международного права, в том числе такой позиции придерживался и Ф.Ф. Мартенс, который отмечал: «Национальные законы и правительственные мероприятия, поскольку они имеют своим предметом отношения, выходящие за пределы государственной территории, точно так же могут и должны быть признаваемы источником, ознакомляющим с началами международного права... Весьма часто международные отношения давали первый толчок к известным законодательным работам в государстве или к изменению законодательства, несогласного с трактатами, содержание которых, в свою очередь зависело от направлений и взглядов, господствующих в управлении страны. Словом, взаимодействие между внутренней жизнью государства и международными его

отношениями есть бесспорный факт»¹²⁷⁶. Отнесение национальных правовых актов к источникам международного права весьма спорно, вместе с тем, нельзя отрицать их непосредственной взаимосвязи с международным правом и соответствующими источниками, выстраивающими единую систему, направленную на юридическое оформление соответствующих отношений.

К началу XX века международное право достигло весьма серьезного уровня развития, были сформированы базовые принципы международного права, определяющие общий формат отношений между государствами и отражающие специфику данного этапа. Изначально, некоторые принципы имели несколько иное звучание, носили ограниченный характер, их содержание отличалось от современного понимания. С другой стороны, несомненно, именно названная система принципов легла в основу формирования принципов современного международного права.

К числу этих принципиальных основ, доработанных и развитых в современном международном праве, можно отнести: принцип сотрудничества, принцип суверенитета, принцип территориального верховенства, принцип самосохранения, принцип независимости и невмешательства во внутренние дела, принцип национальностей, принцип разрешения споров мирными средствами. Данные принципы юридически закрепили уровень развития международного права рассмотренного периода, в том числе, общие тенденции взаимодействия государств.

Начиная с XIX века, уровень развития международного сотрудничества стал настолько высок, что государства осознали необходимость тесного взаимодействия по различным вопросам. Одной из характерных черт с уверенностью можно назвать систему международных конгрессов и конференций, которые стали первоначальной стадией организационного сотрудничества, вышедшего впоследствии на уровень межправительственных и неправительственных международных организаций.

На конгрессах и конференциях решались многие вопросы и проблемы, которые не могли или недостаточно эффективно могли решаться на уровне двухсторонних контактов различных государств. Характерной чертой формирования межгосударственного общения на уровне конгрессов и конференций становится постепенное изменение их содержательного диапазона от мирных – по урегулированию послевоенных ситуаций, к специализированным – по отдельным проблемам межгосударственных отношений.

Разработка и принятие решений на конференциях и конгрессах еще более укрепили систему международного общения, что дало толчок к дальнейшему

¹²⁷⁶ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах / Под редакцией и биографическим очерком доктора юридических наук, профессора В.А. Томсинова. Т.1. М.: Зерцало, 2008. С. 166–167.

развитию и формированию такой формы международного взаимодействия, как международные организации (административные союзы), без которых современное международное общение невозможно представить.

В качестве еще одной характеристики рассматриваемого этапа можно отметить формирование эффективной модели взаимодействия между международным и национальным правом.

Не оспаривая существующие различные позиции относительно соотношения международного и национального права, представляется, что в первую очередь, соотношение международного и национального права можно рассмотреть в трех основных ракурсах: доктринальное; нормативное и практическое.

В XIX веке, в первую очередь на уровне юридической доктрины стали формироваться соответствующие теории, отражающие соотношение международного и национального права, называемые в современной науке дуалистическая и монистическая.

Основателем принципа дуализма был Г. Трипель, издавший в 1899 году труд «Международное и внутригосударственное право», в котором отмечает следующее: «Международное и внутригосударственное право суть не только различные отрасли права, но и различные правопорядки. Это два круга, которые соприкасаются но никогда не пересекаются»¹²⁷⁷. Д. Анцилотти следующим образом формулирует суть дуалистической концепции: «А) международные нормы формально не являются производными от норм внутригосударственных. Внутригосударственные же нормы не могут быть обязательными в силу основной нормы международного правопорядка; Б) нормы международного права не могут оказывать влияния на обязательную силу внутригосударственных норм, и наоборот; В) невозможны конфликты, в собственном смысле, между правом международным и внутригосударственным; Г) международное право может, однако, отсылать к внутригосударственному праву, а это последнее – к международному праву».¹²⁷⁸ Нельзя не согласиться с мнением профессора Буткевича, исследовавшего данный вопрос, который отметил, что «дуалисты увлеклись анализом особенностей отношений международного и внутригосударственного права и настолько их гипертрофировали, что не признали возможным соотношение правовых систем и их элементов между собой».¹²⁷⁹

Юридическая природа монистических принципов состоит в том, что национальное и международное право рассматриваются как части одной правовой системы, вместе с тем, они делятся на сторонников примата национального пра-

¹²⁷⁷ Цит. по: Восканов С.Г. Международные договоры и правовая система Российской Федерации. Дис.. к.ю.н. М., 2003. С. 21.

¹²⁷⁸ Анцилотти Д. Курс международного права. М.: Иностранная литература, 1961. С.66–67.

¹²⁷⁹ Буткевич В.Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. Киев, 1982. С.53.

ва с одной стороны и международного – с другой. В середине XIX века многие ученые (Мальберг, Эйхельман, Н.А. Безбородов и др.) придерживались позиции относительно примата национального права и как следствие определяли международное право как отрасль национального. К концу рассматриваемого периода данный подход подвергся критике, что, как представляется, было обусловлено в том числе повешением роли международного права. Современные ученые также в своем большинстве придерживаются противоположной позиции.

До XIX века российская правовая наука, имея преимущественно прикладной характер, не уделяла внимания вопросам соотношения международного и национального права, однако, благодаря влиянию европейских тенденций, в XIX веке этот вопрос нашел свое отражение в международно-правовой доктрине. Русские ученые Ф.Ф. Мартенс, П.Е. Казанский, Л.А. Камаровский и другие уделяли внимание данному вопросу в своих работах, рассматривая указанные системы как автономные. Л.А. Камаровский был приверженцем дуалистической концепции и отмечал, что «нормы, выставленные каким-либо одним государством, превращаются в международные лишь на основании согласия всех остальных народов, выраженного либо молчаливо (обычай), либо формально (договоры)»¹²⁸⁰, «Правительство своими законами, распоряжениями и действиями придает международным нормам практическую санкцию на подвластной им территории и по отношению к собственным подданным... Часто издаются законы, сообразные с трактатами, и, наоборот, заключаются последние для дальнейшего развития и осуществления первых»¹²⁸¹. Очень важное заявление для характеристики состояния рассматриваемого вопроса в науке принадлежит перу другого известного ученого П.Е. Казанского: «Внутригосударственное право не может противоречить международному»¹²⁸². Данное высказывание в целом отражает концептуальное отношение российского государства к данному вопросу в XIX веке.

В контексте нормативного соотношения в первую очередь возникает закономерный вопрос о включении норм международного права в право национальное. Важное значение в процессе имплементации норм международного права в рассматриваемый период времени (также как и в наши дни) играла ратификация. Термин ратификация вошло в правовой оборот российского государства с XVIII века, подтвержденные грамоты получают название «ратификационные». Таким образом, можно констатировать факт, что к XVIII веку термин «ратификация» вошел в международно-правовой оборот и стал постепенно стал прорабатываться и признаваться на доктринальном уровне, так Мартенс Ф.Ф. писал, что «Авторитеты международного права согласны между собой,

¹²⁸⁰ Камаровский Л. Основные вопросы науки международного права. М., 1892. С.9

¹²⁸¹ Там же. С.33–34.

¹²⁸² Казанский П.Е. Введение в курс международного права. Одесса, 1901. С. 264.

что ратификация необходима для обязательной силы и действия договора»¹²⁸³, В. Даневский утверждал, что «лишь ратификация превращает проект договора в трактат, поэтому она безусловно необходима и в ней может быть *de jure* отказано»¹²⁸⁴. При этом, П. Казанский считал, что требование ратификации должно быть закреплено в договоре, сама по себе ратификация подразумеваться не может, и в силу этого многие исследователи «придают ратификации такое значение, которого она не имеет»¹²⁸⁵.

Проблема соотношения международного и национального права также может быть рассмотрена и в другом ракурсе – фактическое взаимодействие, т.е. влияние внутригосударственного права отдельных государств на образование и развитие принципов и норм международного права и наоборот, влияние международного права на становление норма национального.

Содержательное влияние международного права на регулирование соответствующих отношений можно продемонстрировать на различных примерах, например, формирование института экстрадиции, который в целом, был весьма качественно проработан в рамках взаимодействия государств по вопросам уголовно-правовой сферы.

Несмотря на тот факт, что практика заключения договоров о выдаче стала формироваться задолго до рассматриваемого периода времени, для Российской империи процесс активного заключения договоров о выдаче начался лишь после осуществления реформ в сфере суда и судопроизводства в России 1864 г., когда российские законы стали соответствовать общепринятым европейским стандартам правосудия, в результате чего иностранные государства стали воспринимать Россию как равную им в правовом смысле страну, в результате, во второй половине XIX – начале XX вв. Россией было заключено более 20 договоров о взаимной выдаче преступников.

При этом, российское законодательство, в отличие от законодательства некоторых других государств (Бельгия, Англия, Голландия и др.), долгое время не содержало законов, регламентирующих процесс выдачи преступников, следовательно, основным и практически единственным источником права выдачи были заключаемые с иностранными государствами конвенции.

С изданием Уголовного уложения 1903 г. появились и нормы внутреннего законодательства, отчасти регулирующие данный процесс. Так, ст. 13 уложения содержала положение, что «иностранец, учинивший тяжкое преступление или преступление вне пределов России, если не был за то преступное дея-

¹²⁸³ Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1900. С. 399.

¹²⁸⁴ Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Харьков., 1892. Вып.1. С. 221.

¹²⁸⁵ Казанский П. Учебник международного права. Одесса, 1904. С. 257.

ние в России осужден, оправдан или освобожден от наказания в установленном порядке, подлежит выдаче согласно договору, заключенному с государством, требующим выдачи обвиняемого, или установившейся в этом отношении с сим государством взаимности»¹²⁸⁶.

Впоследствии был принят закон от 15 декабря 1911 г.¹²⁸⁷, составивший особую главу Устава уголовного судопроизводства России. Данный нормативный акт явился первым и последним законом в России, регламентирующим вопросы выдачи преступников. Основные положения данного закона, в целом соответствовали практике, использованной российским правительством при заключении двухсторонних соглашений.

В результате принятия закона 1911 года на уровне национального законодательства были подробно регламентированы основания и процедуры выдачи преступников, выработанные в ходе заключения двухсторонних соглашений. Данные положения, в свою очередь, вносили некоторые уточнения или вводили несколько отличные правила, что не означало отмены силы заключенных с иностранными правительствами договоров о выдаче. Вместе с тем, закон устанавливал, что в новые договоры по данному вопросу не могли быть включаемы правила, налагающие на Россию большие обязательства, чем установлены в данном нормативном акте. Приобретенный в этом отношении опыт сохраняет актуальность и в наше время.

Таким образом период XIX – начала XX века целесообразно рассматривать как самостоятельный этап развития международного права, которому присущи соответствующие характерные черты: признание международного права самостоятельной правовой системой, расширение спектра источников международного права и их количества, содержательное становление основных принципов международного права, институциональное оформление взаимодействия между государствами в форме конгрессов, конференций и административных союзов, интенсификация взаимовлияния международного и национального права. С одной стороны прогрессивное развитие национального права способствует активизации международных отношений соответствующего государства и как следствие развитию международного права, с другой стороны – международное право оказывает влияние (преимущественно позитивное) на развитие национального права, которое должно подпадать под общий формат права международного.

¹²⁸⁶ Уголовное уложение. СПб., 1903.

¹²⁸⁷ Закон «О выдаче преступников по требованиям иностранных государств» от 15 декабря 1911 г. // Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. [1863 –1917 гг.]. СПб., 1912 г. № 4. Ст. 41.

**Религиозно-этическое направление науки международного права в России:
Л.А. Камаровский**

Еще XVIII столетие ознаменовалось борьбой в юриспруденции двух начал – естественно-правового и позитивного. Это привело к возникновению трех основных направлений в науке международного права: «Первое, получило название гроцианского и основывалось на присущем Г.Гроцию стремлении сочетать философские идеи школы естественного права с изучением позитивной международно-правовой практики. Второе ... видело в международном праве отрасль естественного права и считало эту науку скорее философской, нежели юридической... Третье направление – позитивное – занимало прямо противоположную позицию... Задачей международного права являлось текстуальное изучение, собирание, систематизация и логический анализ действующих договоров и других источников международного права»¹²⁸⁸.

XIX – начало XX века стало временем, с одной стороны, «необыкновенно бурного развития международного права, зарождением многих идей, которые были воплощены в жизнь уже только в XX веке и продолжают реализовываться до сих пор»¹²⁸⁹. С другой стороны, активного столкновения точек зрения, представителей различных направлений, школ и взглядов. Все эти процессы в полной мере затронули развитие науки международного права в России, именно в это время, благодаря им, наука международного права в России достигла своего расцвета.

Русской науке международного права принадлежит первенство и достойное место в изучении идеи международного правосудия, в частности теоретической разработке вопроса о постоянном международном суде. Этой проблеме посвятил значительную часть своей научной биографии известный российский ученый в области международного права, профессор Московского университета Л.А. Камаровский. Его монография «О международном суде», вышедшая в 1881 г., впервые предложила создание универсального международного суда, имеющего задачей рассмотрение юридических споров между государствами. Это исследование справедливо отнесено к одной из лучших работ «не только в русской, но и в иностранной литературе о международном суде»¹²⁹⁰.

Появление подобной работы следует объяснить, в первую очередь, теоретическими воззрениями автора. В вопросах правоповедения Л.А. Камаровский, «не разделял господствовавшего в его время позитивного течения, держался

¹²⁸⁸ Баскин Ю.Я. Кант. М., Юридическая литература, 1984. С. 45-46.

¹²⁸⁹ Дорская А.А. Глава VI. Идея международного права в политических и правовых учениях XIX века // Идея международного права в истории политических и правовых учений: Коллективная монография / Отв. ред. А.А. Дорская. СПб., 2011. С.178.

¹²⁹⁰ Кожевников Ф.И. Русское государство и международное право. М., 1947. С.258.

религиозно-этического направления. Действующее право его интересовало мало; он стремился к обоснованию международного права на требованиях справедливости, на началах естественного права. Систему международного права, которое он желал видеть кодифицированным, он строил на правосознании наиболее образованной части общества, считая правосознание настоящим источником права и желая представить идеализированный правопорядок, который соответствовал бы требованиям справедливости и был бы лучше приспособлен к культурным потребностям народов»¹²⁹¹.

Идея международного мира, которая вытекала из его воззрений, «была любимой мечтой Камаровского. Он верил в возможность близкого ее осуществления»¹²⁹². Отсюда его увлечение идеями пацифизма, столь популярного в Европе в те годы. В одной из своих работ Л.А. Камаровский писал: «одним из любопытных общественных явлений представляется движение в пользу мира... Среди подавляющего нас милитаризма и в значительной степени, благодаря именно ему, повсюду возникли общества мира, которые ставят себе целью вести всеми зависящими от них способами войну против войны»¹²⁹³. Более того, ученый стоял у истоков пацифистского движения в России, он не только учредил в 1909 г. первую пацифистскую организацию «Общество мира» в Москве¹²⁹⁴, но и принял деятельное участие в ее работе.

Основную цель международного права он видел в «водворении в сношениях между государствами возможно-справедливого и прочного мира». Причем под миром ученый «разумел не утопию вечного, то есть всеобщего и непрерывного мира на Земле, а мира, понимаемого как юридический принцип»¹²⁹⁵. При этом он связывал данный принцип с деятельностью будущей международной организации. «Каждая международная организация только тогда бывает плодотворной и прочною, когда она является продуктом самой жизни той среды, которая ее порождает. С этой точки зрения взглянув на международную жизнь нашего столетия можно заметить в ней усиление некоторых учреждений и принципов, которые помимо воли людей призваны постепенно ее преобразовывать и даже утвердить в ней мир на новых гораздо более справедливых и прочных основаниях. Это суть: третейский суд, федеративные формы государств, современные унии, принцип нейтрализации»¹²⁹⁶.

¹²⁹¹ Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647-1917). М., 1958. С.300.

¹²⁹² Там же. С.301.

¹²⁹³ Камаровский Л.А. Современные общества мира // Русская мысль. 1896. № 10. С.117.

¹²⁹⁴ См. подробнее: Петрова Е.Е. Деятельность Общества мира (к 100-летию образования первой пацифистской организации в России) // История государства и права. 2009. № 8. С.37.

¹²⁹⁵ Камаровский Л.А. Об основной задаче международного права. М., 1897. С.3-4.

¹²⁹⁶ Там же. С.5

В работе «О международном суде» автор излагает теоретическое развитие идеи международного суда, которая по его мнению коренится в другой более древней идее – идее мира между народами и предлагает свой проект международного суда¹²⁹⁷.

Многие положения выдвинутые автором, были учтены позднее при организации не только Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций, но и Международного суда ООН.

Однако в конце XIX века данный проект и идеи Л.А. Камаровского не всеми были восприняты благосклонно. Преждевременность подобного суда, а также отдельные положения его проекта были подвергнуты критике, в первую очередь со стороны оппонентов, представителей позитивного направления науки международного права. Достаточно резкий критический отзыв оставил о работе Л.А. Камаровского Н.М. Коркунов в разделе «Критика и библиография» Журнала гражданского и уголовного права (1883 г., № 1), а также Ф.Ф. Мартенс во французском издании «Revue de Dr. Internat.» (1882 г., № 1).

Вместе с тем необходимо отметить, что столкновение взглядов различных направлений и научных школ и рождало идеи оригинальные, прогрессивные для того времени, не всегда в должной мере оцененные современниками, но не потерявшими своего значения и в настоящее время. Именно к такой идее относится идея международного правосудия проводником в жизнь которой стал Л.А. Камаровский.

О.Г. Григорьева

Развитие сотрудничества Союза ССР с зарубежными странами по гражданским делам

Четверть века прошла с момента распада СССР — период, который позволяет объективно взглянуть на социально-политические процессы, события и явления, имевшие место в советском праве и государстве.

Интерес к советскому периоду нашей истории в современном российском обществе огромен. Прошло время огульного отрицания всего советского. Началась некая ностальгия по советскому прошлому, когда плохое, негативное забылось, а в памяти остались великие победы сильной державы, объединявшие людей идеи, мораль, духовность, дружба народов самых разных национальностей.

Одно-два поколения россиян — дети советской эпохи — только теперь имеют реальную возможность получения объективной информации об истинных причинах и истоках многих государственных, правовых, экономических и

¹²⁹⁷ Камаровский Л.А. О международном суде. М., 1881.

социальных явлений и событий, имевших место в СССР. Сегодня тысячи километров российской государственной границы отделяют нас от бывших соотечественников, с которыми еще не так давно нас объединяло единое союзное государство, общие идеология и экономика. Осмысление внутригосударственных процессов, имеющих место не только в России, но и в странах-участницах Содружества Независимых Государств, невозможно без познания их исторических предпосылок, поиск которых следует вести, в том числе, и в советском государстве и праве. Изучение отечественной истории также необходимо для воспитания молодых россиян в духе уважения к традициям своего народа, поскольку, как известно, не зная истории, не построишь будущего.

Советское государство просуществовало вплоть до декабря 1991 г., когда подписание лидерами Российской Федерации, Украины и Белоруссии Беловежских соглашений и Деклараций о создании Содружества Независимых Государств завершили юридическое оформление распада СССР. События декабря 1991 г. стали следствием глубочайшего кризиса в советской экономике, кризиса центральной власти, в том числе ее очевидной неспособности справиться с решением все более обострившихся межнациональных конфликтов в Нагорном Карабахе, Закавказье, Молдавии, Прибалтике, Украине, череды провозглашений независимости советских республик (Литвы, Эстонии, Латвии, России, Украины).

Советский период в истории отечественного государства и права насыщен историческими событиями. Среди них: Великая российская революция 1917 г. и как итог — смена государственного строя, мировая война, перекроившая карту Европы, важнейшие реформы в системе государственного управления и законодательства, перестройка, распад СССР, переход к демократическому и правовому государству, отразившиеся на основных тенденциях формирования международного правового сотрудничества с зарубежными странами и правовой помощи по гражданским делам.

Исторический процесс становления и развития сотрудничества СССР с зарубежными странами по гражданским делам был поступательным. В нем автор выделяет два основных периода — 1922-1956 гг. и 1957-1991 гг., каждый из которых включает в себя несколько этапов, выделяемых исходя из реально существовавших внешних и внутренних факторов правового и политического характера, в числе которых: а) внешняя политика СССР, его позиции на международной арене; специфика осуществлявшихся в правовых формах отношений с отдельными странами; создание после окончания Второй мировой войны международных органов и организаций; дифференциация стран по их принадлежности к социалистическому или капиталистическому лагерю и др.; б) специфика существовавших в Советском Союзе общественных отношений, связанных с отсутствием частной собственности, юридическом признании только личной

собственности граждан в крайне ограниченных пределах; господство в советском праве публичных начал, приоритет государства в системе отношений.

Становление и развитие правового сотрудничества СССР с зарубежными странами по гражданским делам автор относит к 1922-1956 гг., в ходе которого выделены следующие этапы:

1922-1929 гг. - становление международного сотрудничества СССР по гражданским делам в законодательстве и международных соглашениях на фоне решения внешнеполитических (выход страны из дипломатической изоляции, установление торговых отношений, привлечение иностранного капитала) и внутривнутриполитических (укрепление экономики, возрождение товарно-денежных отношений на фоне нэпа) задач.

Анализ объективных государственно-правовых и экономических процессов, имевших место в СССР в 1920-х гг., позволяет утверждать, что на данном историческом этапе в Советском государстве проводилась прогрессивная политика во многих сферах жизни советского общества. Результатами советской модернизации стали правовые реформы, создание новых отраслей промышленности, развитие науки, техники, образования, культурная революция, ликвидация массовой детской беспризорности, охрана материнства и детства, утверждение равноправия женщин и др. Во внешнеполитической сфере сложилась позитивная международно-правовая концепция, закрепившая стремление к правовому сотрудничеству по гражданским делам с другими государствами на основе двусторонних соглашений, а также принципа взаимности в отсутствие таких соглашений.

Более того, сформированные на данном этапе международно-правовые и внутригосударственные законодательные основы правового сотрудничества СССР с зарубежными странами по гражданским делам, правовые механизмы его реализации, компетенция учреждений юстиции и органов внешних сношений в данной сфере в последующие десятилетия во многом оставались неизменными.

Как известно, в 1921 г. на X съезде РКП(б) В.И. Ленин объявил о переходе к нэпу. 30 декабря 1922 г. первый съезд Советов принял Декларацию об образовании СССР и Договор об образовании СССР. Конституция СССР 1924 г. определила предметы ведения Союза и союзных республик, в том числе и в сферах внешних сношений, международного и внутригосударственного отраслевого правотворчества.

В межгосударственных отношениях этот период характеризуется постепенным международным признанием Советского государства (так называемая «полоса признания СССР»), его стремлением к расширению географии дипломатических отношений на фоне стабилизации экономики и внутригосударственных механизмов. В течение 1922-1928 гг. СССР заключил более сорока

двусторонних договоров о мире, торговле, консульских конвенций с иностранными государствами, которые стали международно-правовой основой для взаимодействия с компетентными органами зарубежных стран по гражданским делам. В их числе: англо-советское торговое соглашение от 16 марта 1921 г., советско-итальянский договор о торговле и мореплавании от 7 февраля 1924 г., советско-китайское «Соглашение об общих принципах для урегулирования вопросов между Союзом Советских Социалистических республик и Китайской республикой» от 31 мая 1924 г., советско-японская конвенция об основных принципах взаимоотношений от 20 января 1925 г., советско-германский договор о дружбе и военном нейтралитете от 24 апреля 1926 г., советско-турецкий договор о торговле и мореплавании от 19 марта 1927 г., советско-афганский договор о нейтралитете и ненападении от 31 августа 1926 г. и др.

В эти же годы СССР делает попытки определить пути внешних сношений по правовым вопросам в отсутствие дипломатических отношений на основе взаимности.

Нэп возродил частно-экономические отношения и участие в них иностранного элемента, которые нуждались в правовой защите, в том числе путем международного сотрудничества.

В законодательстве СССР и его соглашениях с зарубежными странами нашло закрепление правовое положение иностранных граждан и организаций, сформулировано отношение государства к их имущественным правам и праве на доступ к советскому правосудию. Так, Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1923 г. закрепил первые формы международной правовой помощи по гражданским делам, а Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. и Кодекс о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г. — регулирование имущественных, наследственных, алиментных отношений, вопросы заключения и расторжения брака, в том числе с участием иностранного элемента.

В течение 1920-х гг. активно шел процесс формирования компетенции народных комиссариатов иностранных дел и юстиции, советских органов внешних сношений, судов в сфере международного сотрудничества. Так, правовое положение Народного комиссариата по иностранным делам СССР закреплялось соответствующим Постановлением ЦИК СССР от 12 ноября 1923 г. Задачи центрального ведомства иностранных дел были сформулированы следующим образом:

«защита внешних политических и экономических интересов Союза С.С.Р., а также находящихся за границей граждан Союза С.С.Р.;

выполнение постановлений о заключении договоров и соглашений с иностранными государствами;

руководство проведением в жизнь заключенных с иностранными государствами договоров и соглашений и содействие соответствующим

учреждениям Союза С.С.Р. и союзных республик в осуществлении ими прав, установленных этими договорами;

правовыми вопросами международных отношений;

вопросами о положении, правах и обязанностях граждан Союза С.С.Р. за границей и иностранцев в пределах Союза С.С.Р.»¹²⁹⁸.

Характерным стало восполнение многих законодательных пробелов в регулировании данных правоотношений циркулярами, письмами, инструкциями НКВД и НКЮ.

В эти годы основным партнером СССР стала Германия, с которой в 1926 г. заключены Договор о дружбе и военном нейтралитете и Соглашение о наследовании.

1929 г. («великий перелом») в истории СССР ознаменовал принципиально иной подход к развитию экономики страны на основе командного администрирования. Форсированными темпами на фоне мирового экономического кризиса капиталистических государств шло развитие военной промышленности, станко- и машиностроения, крупнейших строек (в том числе московского метрополитена, Горьковского автозавода, Сталинградского и Харьковского тракторных заводов, мощных гидроэлектростанций, и др.) Изменилась также социальная и культурная политика Советского государства.

В истории СССР 1929 г. справедливо считают началом наиболее трагического периода жизни советского народа, связанного с негативными последствиями индустриализации (в том числе кризисом снабжения и введением карточной системы ввиду непропорционального развития отраслей экономики) и насильственной коллективизации.

1930-1938 гг. - развитие сотрудничества по гражданским делам на фоне расширения экономических, культурных, контактов СССР с другими странами, закрепления союзнических отношений перед лицом фашистской угрозы. Несмотря на свертывание частноправовых отношений активизировалась практика сотрудничества по делам о взыскании алиментов, наследовании, опеке, расторжении брака, ставших следствием активной экономической и культурной интеграции, «первой волны» миграции.

Данный исторический период (так называемый «сталинский социализм») характеризуется активизацией внешней политики СССР в целом и развитием его международно-правового сотрудничества в частности, что было обусловлено следующими причинами. Отголоски первой волны эмиграции, имевшей место после Октября 1917 г., нэпа, а также необходимость привлечения иностранных специалистов для подъема промышленности и на стройки страны породили правовые конфликты в наследственных, брачных, алиментных правоотно-

¹²⁹⁸ Положение о НКВД СССР: утв. ВЦИК СССР 12 ноября 1923 г. // Вестник ЦИК, СНК и СТО. 1923 – 1924. № 10. С.299.

шениях, которые ввиду наличия в них иностранного элемента не могли быть разрешены исключительно в рамках советской юрисдикции. В связи с этим сотрудничество с зарубежными странами по гражданским делам (например, вручение документов, направление судебных поручений в иностранное государство, исполнение советскими судами поручений иностранных судов, взыскание алиментов на несовершеннолетних детей, вступление в права наследования, и др.) стало объективной необходимостью.

20 июня 1930 г. ВЦИК и СНК РСФСР приняли постановление «О порядке назначения опеки над имуществом, оставшимся за границей после смерти граждан РСФСР»¹²⁹⁹, согласно которому «опека над оставшимся за границей имуществом после смерти граждан РСФСР может быть назначена по просьбе заинтересованных учреждений, организаций или лиц в тех случаях, когда по действующим законам это имущество подлежит охране либо нуждается в управлении им»¹³⁰⁰.

Другим обстоятельством, в немалой степени способствовавшим развитию исследуемого явления в этот период, стало, с одной стороны, стремление СССР закрепить отношения союзничества с другими государствами перед лицом возрастающей фашистской угрозы, попытки создать систему коллективной безопасности в Европе. С другой - ситуация обострилась в связи с заключением 29 сентября 1938 г. Великобританией, Францией, Италией и Германией Мюнхенского договора, который поставил СССР на грань международной изоляции. Состояние международных отношений и взаимодействие государств в предвоенные годы прослежены зарубежными авторами¹³⁰¹.

Итак, в период с 29 июня по 13 июля 1930 г. прошел XVI съезд ВКП(б), на котором, в частности, был подведен итог внешней политики СССР. Отмечалась ее прогрессивность, значительные успехи советской дипломатии, вследствие чего государство прочно утвердилось на международной арене. Особо говорилось об установлении дипломатических, экономических, культурных, торговых отношений с целым рядом государств, о восстановлении дипломатических отношений с Великобританией.

В 1930 г. в СССР заключил первые в истории международного сотрудничества по гражданским делам соглашения, специально направленные на его регули-

¹²⁹⁹О порядке назначения опеки над имуществом, оставшимся за границей после смерти граждан РСФСР: Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 20 июня 1930 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1930. № 30. Ст. 391.

¹³⁰⁰О порядке назначения опеки над имуществом, оставшимся за границей после смерти граждан РСФСР: Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 20 июня 1930 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1930. № 30. Ст. 391.

¹³⁰¹См., например: Noel L. L'agression Allemande contre la Pologne. Paris, 1946 ; Fleming D.E. The Cold War and Its Origins. 1917 – 1960. London, 1961 ; Macmillan H. Windy Change. 1914 – 1939. New York, 1966 и др.

рование: с Монголией — об исполнении судебных решений по некоторым категориям гражданских, с Великобританией — об исполнении судебных поручений по гражданским делам на условиях взаимности. В последующие годы СССР совершил обмен нотами с США, Францией и рядом иных государств о вручении судебных и внесудебных документов, передаче и исполнении поручений иностранных судов, которые регулировали отдельные формы и способы сотрудничества.

Вместе с тем следует отметить, что далеко не со всеми государствами у СССР на 1930 г. были такие конструктивные отношения. К примеру, о состоянии взаимоотношений с Японией свидетельствует обнаруженное автором в фондах АВП МИД России письмо заместителя Народного комиссара иностранных дел СССР полномочному представителю СССР в Японии от 10 января 1930 г.: «за последние пять месяцев я получил ряд писем от наших консулов в Японии, в которых приводятся конкретные данные о безобразиях и издевательствах, творимых японскими властями над нашими гражданами, следующими через Японию по транзитным визам... полиция... сделала даже попытку обыскать дипкурьеров». Далее в письме выражается требование о том, что советские граждане «должны быть поставлены в одинаковое положение со всеми иностранцами»¹³⁰².

Таковыми же сложными и напряженными были отношения с Китаем, Норвегией, Финляндией и некоторыми другими странами. Об этом можно судить как по хранящимся в фондах АВП МИД России документам, так и работам отечественных и зарубежных авторов¹³⁰³.

На данном историческом этапе в механизме Советского государства были конкретизированы полномочия государственных органов, полномочных осуществлять правотворчество и правоприменение в исследуемой сфере.

Совершенствуется практика международного сотрудничества по гражданским делам, о чем наглядно свидетельствуют обнаруженные в фондах учреждений юстиции ГА РФ документы (например, директивное письмо Верховного Суда СССР от 4 января 1934 г. с указанием на дипломатический способ сношений; письмо Верховного Суда СССР, в котором представлены статистические данные за период с 1923 по 1938 г. «О судебных процессах с участием иностранцев» и др., содержание которых освещается в последующих параграфах данной работы).

1939 - первая половина 1945 гг. - этап свертывания международного сотрудничества по гражданским делам ввиду переориентации внешней и внутренней политики в сферу ведения освободительной войны.

¹³⁰² АВП МИД России. Документы внешней политики. Т. 13. С. 24.

¹³⁰³ См., например: Деборин Г.А. Международные отношения и внешняя политика СССР, 1917 – 1945 гг. Вып. 4: Годы Великой Отечественной войны / Высш. дипломат. шк. МИД СССР. М., 1947 ; Демидов С.В. Международные отношения в Европе в 1919 – 1939 гг. М., 2001. 234 с. ; M. Tsetung. Selected Works. Peking, 1961 и др.

Вторая половина 1945-1956 гг. - этап расширения пространства сотрудничества под влиянием общепризнанных принципов и норм международного права.

Победа СССР в Великой Отечественной войне кардинальным образом изменила вектор развития международных отношений в целом и международного правового сотрудничества, в частности. Эпохальным событием стало принятие 26 июня 1945 г. на Конференции Объединенных наций в Сан-Франциско Устава ООН. С этого времени под эгидой ООН на базе основополагающих принципов международного права, в совокупности с активной позицией СССР на международной арене формируется новый мировой порядок.

В послевоенные годы вопросы защиты наследственных и брачно-семейных прав приобрели особую актуальность. Причинами тому стали процессы невозвращения тысяч военнопленных и лиц, насильно вывезенных на работу в Германию («вторая волна эмиграции»), нахождение на территории СССР пленных солдат и офицеров, а также экономическая и культурная интеграция со странами народной демократии. Вместе с тем Указ от 15 февраля 1947 г. о запрете браков с иностранцами внес определенные коррективы в процесс реализации международного сотрудничества по гражданским делам в отношении лиц, состоявших в брачных отношениях с иностранцами, имевших детей от таких смешанных браков.

С 1945 г. по 1956 г. возможность сотрудничества по гражданским делам ставилась в зависимость от наличия дипломатических отношений между СССР и другими государствами. Международно-правовой основой для его реализации являлись договоры между СССР и иностранными государствами о дружбе, взаимной помощи и сотрудничестве (с Югославией, Румынией, Финляндией и др.), торговле и мореплавании (с Данией, Румынией и др.), договоры о торговле (например, с Италией, Польшей и др.). При этом не требовалось прямого указания на правовое сотрудничество в таких международных договорах СССР.

Многие пробелы законодательства, регулирующего исследуемую сферу, восполнил Указ Президиума Верховного Совета СССР «О порядке сношений государственных учреждений СССР и их должностных лиц с учреждениями и должностными лицами иностранных государств» (1947), который утвердил порядок сношений с государственными органами иностранных государств, процедуру рассмотрения обращений таких органов, ответственность должностных лиц.

Смерть И.В. Сталина обусловила зарождение либеральных настроений в советском обществе, начало внутрипартийной демократии, реабилитацию жертв массовых политических репрессий, снижение политической цензуры, и т.п. Поскольку данные позитивные процессы и явления в обновляющемся советском обществе носили непоследовательный характер, не было сформулировано соответствующей единой государственной концепции, данный период принято называть обыденным словом «оттепель».

Событием, открыто показавшем отношение советского общества к предшествующему периоду в истории страны, связанному с правлением И.В. Сталина, определившим пути развития на последующие десятилетия, стал прошедший в феврале 1956 г. XX съезд КПСС, на котором наряду с осуждением культа личности И.В. Сталина, обсуждались международное положение СССР, роль социализма как мировой системы; был подтвержден международно-правовой принцип мирного существования государств с различным социальным строем. С этого момента СССР стал более открытым для проведения международных мероприятий, среди которых: Всемирный фестиваль молодежи и студентов, московские кинофестивали. Зарождается международный туризм. Все эти события самым позитивным образом сказались на трансформации международного сотрудничества по гражданским делам в институт международной правовой помощи по гражданским делам.

1957-1991 гг. автор выделяет как период существования международной правовой помощи по гражданским делам в качестве института права и государства, ставшего результатом трансформации международного сотрудничества по гражданским делам. В рамках данного исторического периода выделены следующие этапы:

1957-1972 гг. - на фоне активизации политики сотрудничества СССР со странами различного социально-политического строя происходит законодательное и организационное оформление международной правовой помощи по гражданским делам в качестве комплексного института государства и межотраслевого, комплексного института права.

С 1957 г. внешняя политика СССР приобрела принципиально новые черты. Именно на данном этапе складывается международно-правовая доктрина государства в соответствии с установленными мировым сообществом стандартами, закрепление которой происходило в двусторонних международных договорах СССР о правовой помощи, правовых отношениях и правовом сотрудничестве: с Корейской Народно-Демократической Республикой от 16 декабря 1957 г.¹³⁰⁴, с Польшей от 28 декабря 1957 г.¹³⁰⁵, Румынией от 3 апреля 1958 г.¹³⁰⁶, Албанией от 30 июня 1958 г.¹³⁰⁷, Венгрией от 15 июля 1958 г.¹³⁰⁸, Югославией от 24 февраля 1962 г.¹³⁰⁹ и др.).

Изучение их содержания позволяет констатировать тот факт, что они, в свою очередь, стали отражением прогрессивных изменений в политической, экономической, социальной жизни советского общества; смещения акцентов в

¹³⁰⁴ Ведомости ВС СССР. 1958. № 5. Ст. 93.

¹³⁰⁵ Там же. 1980. № 50. Ст. 1075.

¹³⁰⁶ Там же. 1958. № 21. Ст. 329.

¹³⁰⁷ Там же. 1959. № 10. Ст. 72.

¹³⁰⁸ Там же. 1958. № 35. Ст. 423.

¹³⁰⁹ Там же. 1963. № 21. Ст. 236.

первоочередных задачах мирового сообщества в целом и внешнеполитических задач СССР, в частности; усилениям международной интеграции.

Также в договорах четко прослеживается определение основных способов внешних сношений по правовым вопросам: с социалистическими странами — посредством центральных компетентных учреждений (министерства юстиции, верховные суды, генеральные прокуратуры), со странами капитализма — наиболее длительным и формализованным дипломатическим путем.

Характерно, что вплоть до настоящего времени в системе способов внешних сношений по вопросам международной правовой помощи сохраняются данные тенденции: с бывшими странами социализма — через центральные учреждения юстиции, капиталистическими государствами — через министерства иностранных дел, то есть дипломатическим путем.

Место международного правового сотрудничества по гражданским делам, которое на данном историческом этапе в двусторонних договорах стало именоваться «международной правовой помощью по гражданским делам», в системе международных отношений СССР наглядно характеризуют два важнейших исторических факта, во многом определивших дальнейшее развитие этого института: во-первых, присоединение СССР в 1966 г. к Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. и, во-вторых, разработка под руководством СССР проекта многосторонней конвенции социалистических государств о правовой помощи. Последняя конвенция так и не была принята — соцстраны решили ограничиться двусторонними договорами о правовой помощи и Гаагской конвенцией по вопросам гражданского процесса 1954 г.

Другим важным обстоятельством, обусловившим прогрессивный вектор развития международной правовой помощи по гражданским делам на последующие десятилетия, стало назначение в 1957 г. на должность министра иностранных дел А.А. Громыко, с именем которого связаны успехи советской дипломатии эпохи «холодной войны».

Законотворческая деятельность СССР была отмечена таким важнейшим процессом как кодификация. Были разработаны и приняты Основы законодательства о судостроительстве Союза ССР и союзных республик (1958), Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (1961), основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (1968). На базе Основ законодательства советские республики принимали республиканские кодексы (например, в РСФСР в 1964 г. приняты Гражданский¹³¹⁰ и Гражданский процессуальный кодексы¹³¹¹, в 1969 г. — Кодекс о браке и семье¹³¹², в 1971 г. — Кодекс законов о труде¹³¹³, и др.).

¹³¹⁰ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

¹³¹¹ Там же.

¹³¹² Там же. 1969. № 32. Ст. 1086.

В 1972 г. Минюст СССР утвердил Инструкцию «О порядке оказания судами и органами нотариата СССР правовой помощи учреждениям юстиции иностранных государств и о порядке обращения за правовой помощью к этим учреждениям»¹³¹⁴, которая на протяжении многих лет детально регулировала процедурные вопросы оказания международной правовой помощи по гражданским делам, содержала образцы международных судебных поручений.

Следует отметить, что на данном историческом этапе в результате проводимого СССР внешнеполитического курса, международно-правовой интеграции, кодификации, длившихся ни одно десятилетие, завершилось ее оформление в самостоятельный комплексный институт права, располагающий собственными источниками в виде комплекса много— и двусторонних международных договоров и актов законодательства, государственным механизмом, призванным осуществлять правотворчество и правоприменение в данной сфере, гарантированностью права заинтересованных граждан на обращение за оказанием такой правовой помощи.

Сформировавшийся комплексный характер института международной правовой помощи по гражданским делам выражается в том, что комплекс норм, входящих в данный правовой институт, имел различную отраслевую принадлежность. Нормы о международной правовой помощи по гражданским делам вошли в гражданское процессуальное право, международное частное право, семейное право, консульское право и другие отрасли права.

Международная правовая помощь по гражданским делам оформилась и в качестве комплексного института государства — системы правотворческих, правоприменительных и правоохранительных органов с правовой регламентацией их деятельности.

1973-1986 гг. - этап совершенствования международных основ правовой помощи по гражданским делам в условиях двуполярного мира. Эти годы в истории СССР характеризуются изменениями как во внешней политике, так и во внутривнутриполитической, экономической, культурной, социальной сферах жизни советского общества.

Направления внешней политики СССР обусловлены нарастающей международной напряженностью. Глубинные противоречия между социалистической и капиталистической системами резко обострили обстановку «холодной войны». СССР и США — мировые сверхдержавы, стремились перестроить мир в соответствии со своей идеологией, сплачивали вокруг себя государства-союзники, связывая их экономическими, культурными, правовыми договорами.

Кроме того, планету периодически сотрясали локальные вооруженные конфликты, в которых, безусловно, просматривалась борьба за интере-

¹³¹³ Там же. 1971. № 50. Ст. 1007.

¹³¹⁴ Государственный нотариат : сб. норматив. актов / сост.: Р.И. Виноградова, Р.М. Низовский; под общ. ред. М.П. Вышинского. М. : Юрид. лит., 1989. С.333–341.

сы США и СССР, которые между собой не вступали в прямые военные столкновения.

Реальная угроза третьей мировой войны привела к осознанию необходимости сокращения вооружений, мирному сосуществованию двух противоборствующих систем, диалогу, сотрудничеству и международной интеграции.

На данном историческом этапе СССР демонстрировал высокие темпы экономического роста, активно развивалась наука, техника, образование. Выросло материальное благосостояние советских граждан.

Безусловно, данный исторический период не является однородным. В нем можно выделить отдельные этапы, связанные с правлением конкретных лидеров советского государства (Брежнев Л.И., Андропов Ю.В., Черненко К.У., Горбачев М.С.), имевшей место идеологией («эпоха застоя», «перестройка»), тенденциями развития внешней политики СССР (например, обострение «холодной войны», снижение гонки вооружений, переход к диалогу и сотрудничеству), особенностями развития советской экономики и т.п.

СССР продолжал расширять «географию» двусторонних договоров о международной правовой помощи по гражданским делам, которые наряду с ратификацией в 1973 г. Международных пактов о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах, а также совершенствованием правоприменительной практики отражали сложившиеся ранее тенденции развития данного института права.

1987-91 гг. - когда на Пленуме ЦК КПСС М.С. Горбачев объявил курс на масштабную реформу политической и правовой системы страны, и вплоть до оформления распада СССР в декабре 1991 г. международная правовая помощь по гражданским делам отражала тенденции объявления независимости союзными республиками, падения социалистических режимов в европейских странах, прекращения «холодной войны».

В результате усиления международной интеграции в 1991 г. СССР ратифицировал одну из важнейших для развития института международной правовой помощи по гражданским делам Гаагскую конвенцию, отменяющую требование легализации иностранных официальных документов (1961).

В результате с 1992 г. международная правовая помощь по гражданским делам развивается по следующим направлениям: с бывшими советскими республиками в рамках Содружества Независимых Государств, с остальными государствами — на основе Гаагских конвенций и двусторонних договоров о правовой помощи.

Понимая сложность и научно-практическую неисчерпаемость затронутых в работе проблем, не претендуя на окончательное их разрешение, автор рассчитывает на обращение научной мысли к актуальным теоретическим и практическим проблемам международной правовой помощи по гражданским делам в целях их более глубокого осмысления.

**Национальные ценности в правопонимании:
евразийский тренд России**

Ценность – универсальная категория, обозначающая признание значимости чего-либо: предметов, объектов, явлений. В юриспруденции внимание акцентируется на правовых ценностях, которые представляют собой основные принципы, определяющие отношение личности и общества к праву. В политической науке под ценностями понимают совокупность идей, представлений, стереотипов, которые лежат в основе выбора целей, средств и методов реализации политической практики. Правопонимание в значительной степени коррелируется устоявшимися ценностными интенциями, формирующимися у различных народов, наций, цивилизаций. Недаром Председатель Совета Федерации В.И. Матвиенко предложила внедрить в законодательную работу экспертизу законов на предмет их соответствия российским историческим, национальным ценностям. «Любая национальная правовая система стабильна и эффективна только тогда, - полагает российский политик, - если в своих принципах, базовых нормах она является юридическим оформлением исторически сложившихся политических, экономических, социальных, культурных, духовно-нравственных ценностей конкретной страны, нации. Мы должны постоянно помнить об этой истине и когда принимаем законы, и когда применяем их. Приходится говорить об этом, поскольку не прекращаются попытки навязывания нашему государству правовых установок, подходов, за которыми просматриваются иные, подчас чуждые нам ценности»¹³¹⁵.

В современном мире страна становится центром притяжения для других государств и народов лишь в том случае, если она сможет им предложить такие варианты развития, которые способствуют повышению качества жизни, реализации потребностей людей, росту эффективности управления. Поэтому успехи западных стран в перечисленных областях являются востребованными для граждан многих современных государств. Однако не все государства и населяющие их народы способны воплотить в жизнь передовой опыт в силу особенностей цивилизационного характера, сложившегося менталитета, дефицита гражданственности. Поэтому возникают другие центры притяжения, основанные на силе, приоритете традиции перед новациями и на общем представлении относительно геополитической самоидентификации.

Россия оказалась той страной, которая, не сумев стать успешной рыночной экономикой и не построив демократические институты, за счет привычного

¹³¹⁵ Матвиенко В.И. Правовая система страны должна опираться на национальные традиции и ценности // Парламентская газета. 2016. 12 августа // <https://www.pnp.ru/news/detail/138944> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

экстенсивного развития и сильной просвещенно-авторитарной власти смогла добиться определенных успехов, породив, таким образом, у других стран, не справившимися с либерально-рыночными и демократическими преобразованиями, надежды на успешное развитие в другой - не либерально-демократической парадигме. Обладая весомыми экономическими и политическими ресурсами, которыми она не смогла эффективно распорядиться в 1990-е – 2000-е гг., Российская Федерация, не желая оставаться в геополитическом одиночестве, согласилась на интеграционные процессы со странами, не в полной мере состоявшимися в критериях современного развития.

До середины 2000-х гг. российское политическое руководство позиционировало страну как европейскую, о чем неоднократно заявлялось президентом страны в ежегодных посланиях Федеральному собранию Российской Федерации. В 2005 г. появились дорожные карты с ЕС по четырем общим пространствам – экономического, свободы, безопасности и правосудия, разработаны новые экономические проекты («Северный поток», «Южный поток» и др.). С 2007 года начались переговоры с Европейским союзом о создании безвизового пространства и о заключении нового стратегического договора между Россией и ЕС. Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 года № 605 «О мерах по реализации внешнеполитического курса Российской Федерации» предусматривал «достижение стратегической цели – создание единого экономического и человеческого пространства от Атлантического до Тихого океана»¹³¹⁶. Сейчас этот проект отложен в сторону, однако маловероятно, что он полностью исключен.

Ведущие американские геополитики (З. Бжезинский, Г. Киссинджер) неоднократно заявляли о принадлежности России к европейской цивилизации. Так, в своей книге «Стратегический взгляд: Америка и глобальный кризис», вышедшей в 2012 году, Збигнев Бжезинский пишет о том, что решающим для будущего международного статуса Запада и для его укрепления будет вовлечение России в расширенное сообщество западных стран. Такой союз, который базировался бы на универсальной системе политической культуры и ценностях, и простирался бы от Ванкувера до Владивостока, обладал бы значительным политическим весом в мире, полагает влиятельный американский геополитик¹³¹⁷. А в одном из интервью «Российской газете» З. Бжезинский констатировал:

¹³¹⁶ Указ Президента Российской Федерации от 7 мая 2012 года № 605 «О мерах по реализации внешнеполитического курса Российской Федерации». Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации // <http://www.mid.ru/bdomp/ns-osndoc.nsf/e2f289bea62097f9c325787a0034c255/0d9e14cf601a08b3442579fa00364f6c!OpenDocument> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³¹⁷ Бжезинский З. Стратегический взгляд: Америка и глобальный кризис / пер. с англ. М.Десятовой. М.: Астрель, 2012. С.232.

«Россия должна стать членом Евроатлантического сообщества. Россия – это европейская страна и должна быть его частью»¹³¹⁸.

В связи с украинским кризисом, возвратившим российско-американские отношения к временам «холодной войны», бывший государственный секретарь США, лауреат Нобелевской премии мира Генри Киссинджер в интервью корреспонденту американского журнала «National Interest» в августе 2015 года рассуждает об ошибочной политике Запада в отношении России. Запад, полагает американский геополитик, провозгласил своей целью «навредить России, тогда как долгосрочной целью должна быть ее интеграция»¹³¹⁹. Г. Киссинджер – сторонник интеграции России в западное сообщество, и он понимает, что украинский конфликт зачеркивает все надежды западных политиков на вестернизацию России.

Профессор МГУ П.А. Цыганков справедливо считает: «Расхождение национально-государственных интересов различных стран, в том числе России и стран Запада, - очевидный, объективный и системообразующий факт международной политики. Бесспорным является и несовпадение их идентичностей и, следовательно, ценностей»¹³²⁰. Тем не менее, несовпадение ценностей России и Запада не стоит драматизировать. Оно является таким же нормальным, как и несовпадение интересов, которое и в теории, и в практике международных отношений не считается препятствием для сотрудничества, а представляет предмет переговоров с целью нахождения компромиссов и сближения позиций.

Увеличение политической и экономической силы России и возрастание ее конкурентоспособности, переход к принципиально новому курсу на достижение самодостаточности и самоуважения во внутренней и внешней политике вызвали оживление антироссийских выступлений в странах Евросоюза. Основными направлениями антироссийской кампании, развернутой в европейских СМИ, экспертных и аналитических сообществах, властных структурах и бизнес-кругах, стали экономическая стратегия России, ее внутренняя и внешняя политика.

Кроме того, в ситуацию вмешалась геополитика. Западные страны стремились реализовать свои геостратегические интересы, пользуясь слабостью российского оборонно-экономического потенциала. Такими действиями, как расширение НАТО на Восток, создание военных баз в Киргизии, Узбекистане, попытка закрепиться в Таджикистане, американские политики подтверждали существующие у российского руководства опасения, связанные с изоляцией страны и доминированием позиции силы на международной арене. Попытка,

¹³¹⁸ Бжезинский З. Россия должна стать частью Запада // Российская газета. 2012. 29 марта.

¹³¹⁹ The Interview: Henry Kissinger // National Interest. 2015. August 19. URL: <http://nationalinterest.org/feature/the-interview-henry-kissinger-13615?page=2> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³²⁰ Цыганков П.А. Политическая динамика современного мира: теория и практика. М.: Издательство Московского университета, 2014. С.231-232.

предпринятая западными странами, принять Грузию и Украину в Североатлантический блок, убедили российскую власть в намерении западных государств внешнеполитически изолировать Россию. Поэтому война с Грузией в 2008 году была принципиально важной для России, как субъекта международных отношений: принятие условий Грузии означало бы конец российского государства как великой державы и превращение ее в среднюю по своему влиянию страну.

Наше противостояние с Западом директор Института экономики РАН Р. Гринберг называет самообманом, отвлекающим от малоприятных реалий: от собственной неспособности диверсифицировать отечественное производство, освободиться от топливно-сырьевой зависимости и добиться реального технологического прорыва. «Разве не было бы прагматичнее и добрее к своему собственному будущему – направить наши устремления на решение именно этих задач, а не на мнимое превращение страны в нечто такое, чего бы все «боялись и уважали?»¹³²¹ - вопрошает российский экономист.

Претензии России на великодержавие стало решающим фактором ее активной наступательной политики в отношении соседних государств. Причем такая политика коррелируется ожиданиями населения, которое в своем большинстве поддерживает политическое руководство, ее реализующую. Такие ожидания населения в значительной степени объясняются неспособностью большинства людей быть успешными в обычной жизни. Причина поддержки значительной частью населения великодержавной политики заключается в потребности человека к позитивному восприятию реальной действительности, которое по субъективным обстоятельствам невозможно ценой собственных усилий, но становится вполне реальным через гордость за страну. У человека, осознающего, что его низкий уровень жизни и его возможности, над повышением которых он не собирается работать, потому что не научился, не изменятся, появляется потребность в компенсации его неудач позитивными эмоциями, которые он привык разделять с чем-то сильным и могучим, имеющим к нему некое отношение. То есть со своей страной. Именно эта часть общества поддерживает президентскую великодержавную политику в ее радикальном варианте. Поэтому внутренняя политика выстраивается, исходя из внешнеполитического контекста.

Великодержавие в России выступает в качестве компенсатора социально-экономических неудач. В своей публичной лекции на телеканале «Дождь» декан экономического факультета МГУ Александр Аузан констатировал готовность российских граждан в принадлежности к великой державе за счет само-

¹³²¹ Гринберг Р.С. Пора взрослеть // Мир перемен. 2014. № 3. С.7.

ограничений¹³²². А директор «Левада-центра» Лев Гудков отмечает: даже в 1998 году от будущего президента ждали трех вещей: выхода из экономического кризиса, прекращения войны в Чечне, и возвращения статуса великой державы». С 2012 по 2015 гг. произошел, по его утверждению, «мощнейший рост самоуважения» — в 1,7 раза. В той же пропорции выросло число граждан, считающих, что нас стали уважать в мире¹³²³.

Российское государство как «легальный институт конституирования интересов целого»¹³²⁴ находится в поиске обретения былого величия. После утраты международного влияния в мире в 1990-е гг. в начале нового тысячелетия государственная власть в качестве приоритета своего развития заявила отстаивание интересов государства в противовес частным, фрагментарным интересам. Таким образом, демократические начала новой государственности нивелированы интересами, в первую очередь, самого государства, а не людей его составляющих.

Такая логика государственного строительства исходит из геополитических интересов России, понимаемых как возрождение великой державы, прежде всего, на евразийском пространстве. Российское государство явилось продуктом уникальной евроазиатской цивилизации, что наложило отпечаток на весь ход его исторического развития и продолжает действовать до сих пор. Консервативный тренд, начавшийся в российском политическом дискурсе в начале 2000-х гг., продолжает свое победоносное шествие благодаря сопутствующим факторам как иницилируемым властью, так и существующим объективно: пышное празднование 400-летия дома Романовых, работа над единым учебником истории, конструктивное сотрудничество с Русской православной церковью, успешное проведение зимних Олимпийских игр в Сочи и других крупных международных состязаний, противостояние политике западных стран, связанной с распространением радикальных свобод, всплеск патриотических настроений в связи с событиями на Украине.

В данный контекст органично вписывается патриотизм, консолидирующий базу государственной политики. «Быть патриотом, - по мнению президента В.Путина, - значит не только с уважением и любовью относиться к своей истории, ...а прежде всего, служить обществу и стране»¹³²⁵. Следовательно, слу-

¹³²² Роль государства в экономике. Лекция Александра Аузана, 12 июня 2015 г. Сайт телеканала «Дождь» // http://tvrain.ru/teleshov/ekonomicheskij_fakultet_leksii/rol_gosudarstva_v_ekonomike_leksija_aleksandra_au-389113/ (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³²³ Гудков Л. Почему в 2017 году в России не будет революции // Московский комсомолец. 2015. 6 августа // <http://www.mk.ru/politics/2015/08/06/pochemu-v-2017-godu-v-rossii-ne-budet-revoljucii.html> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³²⁴ Ильин В.В., Ахиезер А.С. Российская государственность: истоки, традиции, перспективы. М., 1997. С.50.

¹³²⁵ Послание Президента России Федеральному Собранию Российской Федерации. 12 декабря 2012 г. // <http://www.kremlin.ru/events/president/news/17118> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

жение Отечеству объявляется приоритетным по сравнению с индивидуальными интересами человека. Поддержка соотечественников, ярко проявившаяся в присоединении Крыма к России, дополняет в целом политику, основанную на исторической справедливости, великодержавии, уникальности российского пути и патриотизме.

Обращение власти к традиционализму свидетельствует о попытке проведения консервативной революции сверху, опираясь на консервативный запрос снизу. Такой симбиоз делиберативной политики способен осуществить значительные изменения в общественно-политическом устройстве страны, отказаться от того, что, по мнению идеологов власти, не отвечает национальному коду и мешает развитию страны. Таким образом, соотношение ценностей элит и массового поведения приводит к формированию общей внутривнутриполитической обстановки, характеризующей взаимоотношения государства и общества.

Объединение людей вокруг общих ценностных ориентаций способствует повышению легитимности власти, что дает возможность ей проводить намеченные ею социально-экономические преобразования, а также консолидировать общество. Однако консервативный тренд имеет свои пределы: снижение уровня жизни, связанное с неэффективным развитием экономики, потребует от власти усилий, направленных на модернизацию экономических отношений, что приведет, в конечном итоге, к политическим переменам и увеличению численности тех людей, для которых качество жизни, а не мощь державы является приоритетом. По мнению Германа Грефа, «без реформы системы управления проведение других реформ невозможно, и России не стоит ждать ни процветания, ни конкурентоспособности»¹³²⁶.

Важным элементом российской государственности является духовная основа. Суть ее заключается в высокой ценности определенного типа складывающихся в обществе отношений, стремлении к их воспроизводству, что позволяет говорить о нравственных основаниях государственности. Однако для того чтобы быть великой, необходимо реально оценить свое место в глобализирующемся мире, свои потенциальные возможности в сложившихся условиях. Это место, роль и значение определяется не единственно правильной и верной идеологией, а способностью решать стоящие перед страной задачи, рациональностью нашего мышления и способностью адекватно реагировать на вызовы современности.

В данном контексте становлению сильного государства помогает деятельность Русской православной церкви, ориентирующая прихожан на поддержку сильной духовной власти. Недаром 4 ноября 2013 года Президент Рос-

¹³²⁶ Герман Греф заявил о неготовности России «ни к каким реформам» // <http://top.rbc.ru/politics/28/04/2015/553f92c99a79470b64a499fd> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

сийской Федерации В.Путин стал лауреатом первой премии Всемирного русского народного собора, главой которого по должности является Патриарх Московский и всея Руси, за сохранение державной России.

На XV Всемирном русском народном соборе, состоявшемся в 2011 г., обсуждался актуальный для российского народа вопрос базисных ценностей, вакуум которых, по мнению церковных иерархов, особенно остро ощущается в последние годы. Не позиционируя себя ни с одной из политических партий, Церковь, тем не менее, обращает внимание на ответственность за политический выбор в избирательных кампаниях, результаты которых определяют жизнь страны на годы вперед. Патриарх Московский и Всея Руси Кирилл озвучил набор ценностей, которые предлагаются обществу: «справедливость, мир, свобода, единство, нравственность, достоинство, честность, патриотизм, солидарность, семья, культура, национальные традиции, благо человека, трудолюбие, самоограничение, жертвенность», а также от имени Патриаршего совета предложил для обсуждения триаду «вера, Родина, свобода»¹³²⁷. РПЦ призвала к тому, чтобы сформулированный ею набор фундаментальных ценностей учитывался при принятии правовых и политических решений в государстве.

Позиция РПЦ состоит в неизменности нравственности и справедливости, так как внесение в эти понятия относительности разрушает их. Так, на открытии III Рождественских Парламентских встреч в рамках XXIII Международных Рождественских чтений в январе 2015 года Патриарх Кирилл привел исторический пример исчезновения нравственности после принятия нацистами известного тезиса: «Хорошо то, что хорошо для великой Германии». «Когда мы нравственность обуславливаем коллективными, корпоративными, классовыми, идеологическими и прочими факторами, - заявил патриарх - мы отказываемся от нравственного начала. И сегодня, когда нам говорят, что нравственно только то, что поддерживается мировыми СМИ, а все остальное является безнравственным, то мы перед собой имеем ту же самую проблему, через которую человечество уже проходило на путях разрушения нравственных начал»¹³²⁸.

На состоявшемся в ноябре 2014 года XVIII ВРНС, посвященном теме «Единство истории, единство народа, единство России», был сформулирован набор ценностей, исходя из анализа РПЦ нашего исторического прошлого. Участники Собора призвали соединить все самое лучшее и ценное из различных эпох нашей истории в синтезе религиозных идеалов Древней Руси, государственных и культурных достижений Российской империи, социаль-

¹³²⁷ Выступление Святейшего Патриарха Московского и всея Руси Кирилла на открытии XV Всемирного русского народного собора // <http://www.patriarchia.ru/db/text/1495312.html> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³²⁸ Выступление Святейшего Патриарха Кирилла на открытии III Рождественских Парламентских встреч. Официальный сайт Московского патриархата // <http://www.patriarchia.ru/db/text/3960558.html> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

ных императивов солидарности и равенства, провозглашенных в советском обществе, справедливое стремление к осуществлению прав и свобод граждан в постсоветской России. Подобную идеологическую модель можно описать формулой «вера — справедливость — достоинство — солидарность — державность». В Соборном слове XVIII ВРНС говорится: «Мы верим, что такой мировоззренческий синтез рано или поздно произойдет, и его итогом станет создание государственной модели, сочетающей сильную властную вертикаль с опорой на высшую правду, с поддержкой семьи и религиозных институтов, с широкими социальными гарантиями, с соблюдением прав и свобод граждан»¹³²⁹.

На соборе было заявлено, что абсолютизация свободы выбора в отрыве от нравственных установок является смертельно опасной для человека и для общества, потому что выбрать-то можно и зло. В то же время не следует идею свободы, противопоставлять другим фундаментальным ценностям. Например, оно должно сочетаться с понятием «солидарное общество», в котором ради достижения общего блага тесно сотрудничают между собой различные этнокультурные, социальные, профессиональные, религиозные и возрастные группы. В таком обществе сотрудничают, а не конфликтуют между собой народ и власть, этносы и религии, и даже, по выражению Патриарха Кирилла, «политические партии не конфликтуют». Причина заключается в том, что сфера политики — это надстроечная сфера. Базисной же сферой, по его мнению, является сфера ценностей. «И этот ценностный базис ни одна партия в России не должна разрушать, потому что тогда не будет России»¹³³⁰.

Идеал социальной справедливости, который после неоднозначных 1990-х гг. стал широко востребованным, и, с точки зрения РПЦ, должен быть наполнен накопленным историческим опытом и в итоге не раскалывать общество, а служить достижению социальной гармонии, наполнению конкретным содержанием не только политических, но и социально-экономических прав наших граждан.

Таким образом, РПЦ претендует на роль посредника в общении верующих граждан и власти, что следует из ее моральных принципов и позиции, выработанной в последние годы. Возглавив борьбу за нравственность, Русская православная церковь использует все предоставленные ей возможности, эффективно используя преимущества своего привилегированного положения.

Следует отметить, что государственная власть стала фактором объединения общества, когда стали решаться вопросы социальной справедливости и

¹³²⁹ Соборное слово XVIII Всемирного Русского Народного Собора // <http://www.vrns.ru/news/3395/#.VdXYHcLou70> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³³⁰ Выступление Святейшего Патриарха Кирилла на открытии III Рождественских Парламентских встреч. Официальный сайт Московского патриархата // <http://www.patriarchia.ru/db/text/3960558.html> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

усиления могущества страны. При этом ценности свободы и прав человека, по-прежнему, находятся на периферии общественного сознания и не являются объединяющим фактором. Их значимость может повыситься лишь в том случае, если они смогут вписаться в поддержанную обществом иную, неконсервативную парадигму развития.

В то же время чрезмерное усиление государства приводит к политической инфантильности общества, снижению востребованности в демократических нормах и правилах и формированию авторитарного режима. Поэтому повышение влияния государства должно сочетаться с усилением гражданского общества, которое может ограничить монопольное государственное притязание на управление всеми сферами жизнедеятельности через призму исключительно государственных интересов.

Можно констатировать, что ценностные императивы России и западных европейских стран кардинально расходятся, не способствуя их сближению. В сложившейся ситуации более предпочтительными не столько с духовной, сколько с прагматической точки зрения оказался союз Российской Федерации с рядом постсоветских (в основном, центрально-азиатских) государств.

Создание международной организации региональной экономической интеграции – Евразийского экономического союза, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, а также проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики¹³³¹, стало логичным следствием несостоявшегося стратегического партнерства между Россией и Европейским союзом.

Евразийский интеграционный процесс органично вписывается в современный международный тренд, связанный с преодолением заградительных барьеров между странами и созданием эффективной экономической системы, способствующей развитию государств. При этом следует обратить внимание на то, что наиболее успешные экономические интеграционные проекты реализуются между странами с демократическими политическими системами. Да и желание интегрироваться высказывают, прежде всего, страны с открытой системой власти, основанной на демократии и доверии к политикам со стороны народа.

В данном контексте евразийский проект имеет свои особенности:

в политике - странам, ориентирующимся на евразийскую интеграцию, не удалось осуществить либерально-демократические преобразования, поэтому их политический режим варьируется между демократией и авторитаризмом, приближаясь то к одному, то ко второму полюсу, а политические институты впитали в себя традиционную составляющую, создав эклектический симбиоз;

¹³³¹ Договор о Евразийском экономическом союзе, 29.05.2014 г. // Официальный сайт Евразийского экономического союза // https://docs.eaunion.org/docs/ru-ru/0013611/itia_05062014_doc.pdf (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

в экономике – переход на рыночную систему оказался не завершенным, велика роль бюрократии в экономических преобразованиях, сохраняется высокая зависимость от российского рынка труда;

в культуре – характерно критическое отношение к современным западным веяниям, проявляется ориентация на традиционные ценности, возрождение религии, занявшей освободившуюся идеологическую нишу после неудавшегося коммунистического эксперимента.

Евразийский вектор России оказался обусловленным потребностью страны в реализации собственных возможностей и стратегических устремлений, направленных на пересмотр сложившегося мирового политического порядка и противостояние глобальному экономическому и политическому доминированию США и западных стран.

На Западе распространено мнение о том, что российский президент, однажды заявив о крахе Советского Союза как величайшей катастрофе XX века, стремится восстановить СССР в том или ином виде. Поэтому создание союза государств с наднациональными структурами на постсоветском пространстве представляется реализацией данной идеи. Россия, окружавшая себя в XIX-XX вв. буферными государствами, не может отказаться от идеи создать евразийский союз зависимых от нее стран. Однако, как отмечает американский экономист Нуриэль Рубини, создание полноценного союза «может оказаться пустым прожектерством», так как «недореструктурированность России и негативные демографические тенденции подразумевают низкие возможности для роста и недостаток финансовых ресурсов для создания налогово-бюджетного и трансфертного союза, что необходимо для привлечения новых стран к интеграции»¹³³².

Евразийская интеграция рассматривается российской политической элитой как устойчивый и долгосрочный проект, не зависящий от политической и экономической конъюнктуры. По мнению В.В. Путина, модель мощного наднационального объединения, способна стать «одним из полюсов современного мира и при этом играть роль эффективной «связки» между Европой и динамичным Азиатско-Тихоокеанским регионом»¹³³³. Являясь активным участником организации АТЭС, Россия может оказать помощь государствам ЕАЭС в расширении экономического сотрудничества со странами самого быстроразвивающегося региона в мире.

Евразийский проект может стать привлекательным для его участников по следующей причине. В силу успешности западной модели развития страны, входящие в Евразийский экономический союз, заинтересованы в более близких контактах с Европой, посредником в которых может выступать Россия. У Рос-

¹³³² Рубини Н. Евразийское видение России // Мир перемен. 2014. № 3. С.70.

¹³³³ Путин В.В. Новый интеграционный проект для Евразии — будущее, которое рождается сегодня // <http://izvestia.ru/news/502761> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

сии с европейскими странами намного больше общего, чем, например, у центрально-азиатских государств. Прежде всего, наша близость связана с культурными корнями, которые имеют много общего с западными. Поэтому сближение как с Европой, так и с рыночными странами через ВТО, в котором Россия может выполнять роль посредника, является потенциальным стимулирующим фактором для участников евразийского сообщества. Как справедливо отмечает Н.А. Назарбаев, «Европа не может жить без Азии. Европе нужна Россия, нужен Казахстан, наши ресурсы. Нам нужны их технологии и наука, ряд товаров. Мы взаимодополняем друг друга»¹³³⁴. Взаимный обмен ресурсами особенно важен в постиндустриальном обществе в связи с тем, что заканчивается нефтяная эпоха.

Россия также старается использовать дипломатические инструменты, предоставляя возможность государствам Евразийского экономического союза в продвижении своих интересов на международной арене: Белоруссии – в преодолении отчужденности со стороны стран Запада, Армении – в признании международным сообществом геноцида армянского народа в начале XX века и решении проблемы Нагорного Карабаха, Казахстану – в Реализации интересов в Европе и на Каспии, Киргизии – в защите ее рубежей от радикальных исламистов и свободном передвижении граждан страны с экономическими целями по территории Российской Федерации.

В силу противоречий с Западом, которые проявились к середине нулевых годов (отказ от равноправных отношений, подозрительность и недоверие со стороны западных стран), Россия вынуждена была искать новые пути подтверждения своей статусности (великодержавности). И этот путь привел ее к евразийскому сообществу как исторически обусловленному выбору. Однако такой шаг не является окончательным поворотом на Восток. Как отмечал Е.М. Примаков, Россия хотела бы нормализовать отношения с США и Европой, но игнорировать возрастающее значение Китая и других стран АТР было бы неразумно. В то же время российский политик был убежден: если мы не будем сотрудничать с западными странами в ликвидации опасных международных явлений, то мы потеряем свою страну как великую державу¹³³⁵.

Схожую точку зрения высказал экс-глава МИД России Игорь Иванов, который на конференции «Брюссельский форум-2016», состоявшемся 19 марта 2016 года, констатировал, что в результате кризиса на Украине «пути Европы и России серьезно расходятся на долгое время, вероятно, на десятилетия». При этом Россия не будет восточным флангом «несостоявшейся великой Европы», поскольку отныне ее судьба - стать лидером великой Евразии от Беларуси до

¹³³⁴ Европа не может жить без Азии. Интервью М.Гусмана с Н.Назарбаевым // Российская газета. 2015. 6 июля.

¹³³⁵ Примаков Е.М. Не просто работать, а знать во имя чего. О России сегодня // Российская газета. 2015. 13 января.

Китая. «Это не означает, - продолжает российский политик, - что России нужно повернуться спиной к Европе, отказавшись от взаимодействия с европейскими институтами и партнерами»¹³³⁶.

Таким образом, Россия выстраивает новую модель межгосударственного устройства, в которой выступает в качестве центра притяжения и которая позволяет ей оставаться важным геополитическим актором в современном мире. Это влияние обосновано, в том числе, ценностными императивами, разделяемыми в той или иной степени рядом стран, которые позволяют признать Россию в качестве лидера в противостоянии с навязываемыми Западом ценностями.

В.П. Талимончик

Основные понятия международного информационного права

Развитие информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) обусловило постановку вопроса о формировании международного информационного права.

ИКТ применяются во всех сферах международных отношений — политической, экономической, социальной, культурной, научной. Соответственно, нет сферы международно-правового регулирования, которая не трансформировалась бы вследствие развития ИКТ.

Можно провести параллель между международным информационным правом и правом международных договоров. Информационный обмен связан с каждым институтом международного права, равно как и международные договоры присутствуют во всех институтах. Однако право международных договоров кодифицировано, чего нельзя сказать о международном информационном праве.

Л.Н. Галенская признавала деление международного права на международное материальное право и международное процессуальное право, далее эти отрасли могут быть разделены на ряд институтов.¹³³⁷ Думается, что точка зрения Л.Н. Галенской точно отражает структуру международного права ввиду того, что материальное и процессуальное право существенно отличаются по методам правового регулирования. Если принимать дальнейшее деление международного права на институты, то международное информационное право является формирующимся межинституциональным образованием, нормы которого присутствуют во всех институтах международного права. На данном этапе развития международное информационное право не может быть выделено в самостоятельный институт ввиду недостаточного объема нормативного мате-

¹³³⁶ РИА Новости // <http://ria.ru/world/20160319/1392692173.html#ixzz43MEfRRRT> (Дата обращения: 14.08.2016 г.).

¹³³⁷ Галенская Л.Н. О понятии международного уголовного права // Советский ежегодник международного права. 1968. М., 1970. С. 254.

риала, незавершенности процесса формирования специальных принципов, а также нецелесообразности искусственного выделения норм, регулирующих информационный обмен, из структуры существующих институтов. Однако по мере развития специального регулирования ИКТ международное информационное право может выделиться в самостоятельный институт.

В то же время в рамках международного информационного права формируется собственная терминология, присущая только данному институту.

Ключевым понятием для данного института является понятие информации. Изначально понятие информации получило концептуальное осмысление в области естественных наук. В энциклопедии «Британника» теория информации понимается как математическое представление условий и параметров, влияющих на передачу и распространение информации. Впервые теория информации была сформулирована в работе Клода Шеннона «Математическая теория коммуникации», изданной в 1948 г.¹³³⁸

Однако теория информации не учитывает содержательную часть информации, она изучает в основном условия обращения информации. В правовой доктрине учитывается содержательное и функциональное значение информации.

В отношении понятия информации, на наш взгляд, можно выделить следующие доктринальные подходы к его определению: 1) описательный; 2) кибернетический; 3) дефинитивный.

Описательный подход характерен тем, что в рамках данного подхода дается развернутая характеристика информации. Например, А.Б. Венгеров в своей книге «Право и информация в условиях автоматизации управления» выделяет этапы эволюции понятия информации и определяет ее сущностные черты: известная самостоятельность информации по отношению к ее носителю; возможность многократного использования одной и той же информации; ее неисчезаемость при потреблении; сохранение передаваемой информации у передающего субъекта; способность к сохранению, агрегированию, интегрированию, накоплению, «сжатию»; количественная определенность информации; системность информации¹³³⁹.

В международно-правовой доктрине описательное понятие информации дано Е.В. Ермишиной. Она рассматривает информацию как передачу новостей, сообщений о событиях, а также научно-техническую информацию, видеопленки и записи, различного рода печатную информацию и т. п.¹³⁴⁰

Недостатком такого подхода является отсутствие определения информации, перечисление множества признаков не способствует раскрытию сущности информации как социального явления и объекта правоотношений.

¹³³⁸ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/287907/information-theory> (2013. 27 марта).

¹³³⁹ Венгеров А.Б. Право и информация в условиях автоматизации управления. М., 1978. С. 18–19.

¹³⁴⁰ Ермишина Е.В. Международный обмен информацией. М., 1988. С. 13.

Кибернетический подход к понятию информации отражен в работах У.Р. Эшби и Л. Бриллюэна.¹³⁴¹ При кибернетическом подходе информация выступает как мера возрастания организованности, упорядоченности системы¹³⁴². На наш взгляд, при таком подходе «теряется» значительная часть информации, поскольку не все данные могут рассматриваться как информация, а только те, которые ведут к упорядочению системы, с чем согласиться нельзя. Кроме того, данное определение отражает функциональное назначение информации, а не ее сущность. Поскольку кибернетический подход претендовал на универсальность, он стал предметом философского осмысления. В.П. Тугаринов отрицает значение информации как философской категории, считая предпочтительным понятие отражения: «В процессе отражения обычно содержится информация об отражаемом объекте. В этом смысле информация выступает как момент содержания отражения, но лишь как момент, одна из его функций, но не как его существо, ибо суть отражения в том, что оно дает образ, подобие отражаемого... Понятие информации в значительной мере лишено психологического и гносеологического плана, который характерен для отражения»¹³⁴³.

Дефинитивный подход основан на попытках дать научное определение информации. Так, В.А. Копылов указывает, что с середины XX в. информация определяется как общенаучное понятие, включающее: обмен сведениями между людьми, человеком и автоматом, автоматом и автоматом; обмен сигналами в животном и растительном мире, передачу признаков от клетки к клетке, от организма к организму (генетическая информация); одно из основных понятий кибернетики¹³⁴⁴. Недостатком данного определения является отождествление информации и обмена ею. Данное определение также игнорирует содержательную часть информации.

На сложность проблемы определения информации в зарубежной правовой доктрине указывал профессор Уильям Мок¹³⁴⁵. Он выделил три подхода к определению информации: 1) как уменьшение неопределенности — подход, учитывающий особенности воспринимающего субъекта; 2) второй подход не учитывает свойства воспринимающего субъекта, а основное внимание уделяет данным как таковым. В рамках данного подхода информация определяется как данные либо как качественное определение Вселенной; 3) в рамках третьего подхода информация определяется как процесс получения данных, их восприятия и понимания — от данных к знанию, а затем к пониманию.

¹³⁴¹ Большая советская энциклопедия. Т. 10. М., 1972. С.354.

¹³⁴² Рассолов М.М. Проблемы управления и информации в области права. М., 1991. С. 120.

¹³⁴³ Тугаринов В.П. Избранные философские труды. Л., 1988. С.347–348.

¹³⁴⁴ Копылов В.А. Информационное право: вопросы теории и практики. М., 2003. С. 34.

¹³⁴⁵ Mock W. On the Centrality of Information Law: a Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency // Journal of Computer and Information Law. 1999. V. XVII. P. 1072–1077.

Нетрудно заметить, что приведенные подходы основаны на каких-то отдельных свойствах информации. Вместе с тем эти свойства настолько разнообразны, что определить информацию неким универсальным способом крайне сложно. Авторы, давая понятие информации, пытаются его объяснить, раскрыть признаки.

При определении информации целесообразно учесть положения международных договоров. Следует отметить, что большинство международных договоров в сфере информационного обмена используют понятие «информация», но не дают его определения. Только в отдельных международных договорах содержится определение некоторых видов информации, учитывающее и ее общие признаки. Если исходить из содержания соглашений об обмене секретной информацией (например, Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Федеративной Республики Бразилия о взаимной защите секретной информации от 13 августа 2008 г.¹³⁴⁶, Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Туркменистана о взаимной защите секретной информации от 4 июля 2008 г.), то информацию можно определить как сведения, выраженные в любой форме. Однако в доктрине предпочтение отдается не понятию «сведения», а понятию «данные», которое более нейтрально по содержанию. Данное определение следует дополнить: такие данные должны быть воспринимаемы человеком, поскольку в ином случае информация не будет иметь ценности для общества.

На наш взгляд, информацию можно определить как данные, выраженные в человекочитаемой форме или могущие быть преобразованными в человекочитаемую форму и воспринимаемые человеком непосредственно или с помощью технических средств.

Данное определение полно описывает основные свойства информации. Информация в первую очередь является инструментом познания. Именно то, что информация несет определенные данные, обуславливает ее социальную ценность. Информация должна восприниматься человеком непосредственно или через специальное устройство. В ином случае она не сможет играть свою роль в общественной жизни.

Информация, невыраженная вовне, не может быть объектом правоотношений, поскольку не влияет на общественные отношения. Сказанное подтверждается положениями ст. 2 Договора ВОИС об авторском праве 1996 г., в силу которой идеи не подлежат правовой охране.

Следует отметить, что сложности в правовом регулировании информационного обмена, прежде всего, возникают в связи с нечетким представлением о сущности права на информацию в правовой доктрине. Единого понимания пра-

¹³⁴⁶ Здесь и далее документы, источник публикации которых не указан, цитируются по СПС «Консультант Плюс»

ва на информацию не сложилось. «Современная доктрина пытается систематизировать право информации. Можно различить две тенденции. Первая стремится признать право собственности на информацию. Вторая пытается защитить ценность информации без предоставления определенного правового статуса»¹³⁴⁷. Существующие концепции не учитывают особенностей информации. Правовой статус информации может и должен быть определен. При этом разнообразие информации обуславливает необходимость установления ее режима с использованием норм, относящихся к различным отраслям права.

Российскими правоведами концепция права собственности на информацию подверглась критике¹³⁴⁸, но тем не менее указанная концепция на определенном этапе была воспринята российскими законодателями. В настоящее время положения о праве собственности на информацию можно найти в Законе РФ «О государственной тайне», более поздние акты подобных положений не содержат.

Вызывает определенное сомнение то, что Модельный информационный кодекс для государств — участников СНГ (принят на тридцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (Постановление № 30-6 от 3 апреля 2008 г.)¹³⁴⁹ в ст. 58 устанавливает право собственности на информацию. Согласно положениям указанной статьи право собственности на информацию — это урегулированные законом общественные отношения относительно владения, пользования и распоряжения информацией. В отношении информации соответствующие правомочия не могут рассматриваться так же, как в отношении вещи. Например, при распоряжении информацией не происходит ее отчуждения у передающего субъекта. Поскольку существуют примеры применения категории «собственность» не только к вещам (интеллектуальная, культурная собственность), полагаю вполне обоснованным введение в научный оборот понятия «информационная собственность».

Свойства информации (содержание, неисчезаемость при передаче, способность к сохранению, агрегированию, интегрированию, накапливанию, «сжатию») обуславливают качественное своеобразие связанных с ней отношений. Общественные отношения могут возникать по поводу содержания информации, ограничивая негативное воздействие информации на разум и психику людей и их общностей, безопасность общества и государства, а также способствуя доступу к тем видам информации, которые необходимы для жизни, здоровья человека, защиты его прав. Общественные отношения могут возникать в связи с

¹³⁴⁷ Prum A. Information, data and continental law // Freedom of information and EEC law. Boston, 1988. P. 28.

¹³⁴⁸ Терещенко Л.К. Информация и собственность // Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных. М., 1997. С. 3–11.

¹³⁴⁹ Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств — участников Содружества Независимых Государств. 2008. № 42. С. 223–251.

созданием, хранением, передачей и распространением информации (деятельность СМИ, телекоммуникации, собрания граждан и т. п.). Ряд этих отношений ограничиваются пределами одного государства, другие приобретают трансграничный и межгосударственный характер.

На поверхностный взгляд, содержание информационных отношений определить несложно. Однако в правовой доктрине существуют разные позиции в отношении понятия информационных отношений.

Так, В.А. Копылов считает, что информационные отношения возникают, развиваются и прекращаются в информационной сфере при обращении информации¹³⁵⁰. Тем самым не учитывается, что обращение информации характерно для всех сфер жизни современного общества: политической, экономической, культурной и др. Кроме того, информационные отношения ограничиваются только обращением информации, даже создание информации не учитывается.

А.А. Тедеев ограничивает предмет правового регулирования информационного права общественными отношениями в сфере гуманитарного, а также экономического использования глобальной компьютерной сети Интернет¹³⁵¹. Как минимум, не учитывается весь спектр средств телекоммуникаций: радио, телевидение, телефония и т. п. Не следует сводить все многообразие информационных отношений к одному средству коммуникации.

Наиболее полно содержание информационных отношений раскрыто О.А. Городовым. Он пишет, что «ядром предметной области информационного права выступают общественные отношения, возникающие по поводу поиска, получения, передачи, производства и распространения информации. Данная группа общественных отношений является важнейшим, но не единственным элементом, образующим предмет информационного права. К ней тесно примыкают иные группы отношений, возникающих по поводу информации. Среди них следует выделить отношения, связанные с созданием, преобразованием и потреблением информации; отношения, возникающие при создании и использовании информационных технологий, информационном обмене, а также отношения, складывающиеся по поводу управления информационными процессами, информатизацией и обеспечением информационной безопасности»¹³⁵².

Как правило, информационные отношения изучаются специалистами в области внутреннего информационного права, что обуславливает постановку вопроса о том, могут ли иметь внутренние и международные информационные отношения сходное содержание.

¹³⁵⁰ Копылов В.А. Информационное право. М., 2003. С. 98.

¹³⁵¹ Тедеев А.А. Информационное право. М., 2005. С. 31.

¹³⁵² Городов О.А. Информационное право. М., 2009. С. 19.

Для ответа на поставленный вопрос, прежде всего, следует определить, в каких случаях информационные отношения приобретают международный характер.

Следует применить подход к международным отношениям, разработанный в теории международных отношений во второй половине XX в. Рядом ученых (М. Мерль, Дж. Розенау, Г.Х. Шахназаров)¹³⁵³ было отмечено качественное изменение всей системы международных отношений в XX в. Если ранее международные отношения были синонимом по отношению к межгосударственным отношениям, то на современном этапе развития международных отношений существенно изменились их содержание и субъектный состав. В международных отношениях все активнее стали участвовать невластные акторы или властные, но не суверенные акторы. Данная тенденция характерна для всей системы международных отношений, включая сферу информации.

Международные информационные отношения включают отношения, связанные с содержанием информации, ее созданием, хранением, распространением и передачей, и иные подобные отношения, в которых участвуют государства, межгосударственные организации, международные неправительственные организации (МНПО), транснациональные корпорации (ТНК), юридические и физические лица, административно-территориальные образования государств, субъекты федераций и муниципалитеты. Современное международное право регулирует преимущественно межгосударственные информационные отношения, хотя имеются отдельные международные договоры, устанавливающие правила для юридических и физических лиц (Европейская конвенция о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера 1981 г.¹³⁵⁴ Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.¹³⁵⁵).

Среди названных участников международных информационных отношений только отношения межгосударственных организаций всегда носят международный характер. Например, Департамент общественной информации ООН

¹³⁵³ Merle M. *Sociologie des relations internationales*. P., 1974; Rosenau J. *Lincage Politics: Essay on the Convergence of National and International System*. New York, 1969; Шахназаров Г.Х. *Грядущий миропорядок*. М., 1981.

¹³⁵⁴ Текст см.: Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 106–114.

¹³⁵⁵ Текст см.: Журнал международного частного права. 2006. № 2 (52). С. 60–73. — В данном издании текст опубликован со сноской следующего содержания: «Текст настоящей Конвенции печатается по официальному тексту Организации Объединенных Наций. Обращаем внимание читателей, что текст Конвенции на русском языке не аутентичен английскому тексту и, более того, искажает содержание Конвенции. В названии Конвенции и в ее тексте на русском языке использован термин “международный договор”, хотя, если судить по английскому тексту и по самому содержанию Конвенции, речь идет о международных контрактах».

(ДОИ), распространяя информацию о деятельности ООН, всегда вступает в международные информационные отношения, независимо от получающего информацию субъекта. Сказанное обусловлено статусом межгосударственной организации, ее неподчинением юрисдикции какого-либо государства.

Все иные участники могут вступать как в международные, так и во внутренние информационные отношения. Например, государство при создании официального портала намерено вступить в информационные отношения со своими гражданами. Однако информация, размещенная государством в Интернете, становится доступной любому лицу, в результате государство также вступает в международные информационные отношения с иностранцами.

Можно ли предположить, что всегда, когда в отношении появляется иностранный участник, информационные отношения приобретают международный характер? Если следовать только данному критерию, то можно считать вступлением в международные информационные отношения процесс чтения иностранцем российской газеты в г. Москве, для чего нет оснований.

Если для межгосударственных отношений участие в правоотношениях субъектов международного публичного права определяет международный характер информационных отношений, то для международных отношений невластного характера данный критерий не является определяющим. Одно российское юридическое лицо может разместить диффамационные сведения о другом юридическом лице на сайте, администрируемом из Новой Зеландии. Понятно, что только иностранный администратор сайта может удалить порочащие сведения. В данном случае речь идет о международных, а не о внутренних информационных отношениях.

Следовательно, для определения международного характера информационных отношений необходимы дополнительные критерии, которые вытекают из содержания информационных отношений.

По нашему мнению, международные информационные отношения всегда складываются при трансграничной передаче данных (международная телефонная связь, международные телеграфные сообщения, трансграничное телевидение и радиовещание, трансграничная передача данных в Интернете). Например, согласно ст. 3 Европейской конвенции о трансграничном телевидении 1989 г. соответствующая Конвенция применяется к любой программе, транслируемой или ретранслируемой организациями с помощью технических средств, находящихся под юрисдикцией ее участника, как по кабельному телевидению, так и наземным передатчиком или спутником. Программы могут приниматься прямо или косвенно в одном или более государств-участников. О трансграничной передаче личных данных говорится в ст. 12 Европейской конвенции о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера 1981 г.

В отличие от распространения информации, под которым мы будем понимать сообщение информации неограниченному кругу лиц, передача данных всегда носит адресный характер — сигналы принимаются определенным устройством. Полагаем, что при трансграничной передаче данных отправитель и получатель информации имеют место нахождения в разных государствах.

Сказанное справедливо и в отношении международного обмена изданиями, когда они пересекают границу. В отношении международного обмена изданиями приняты Конвенция о международном обмене изданиями 1958 г. и Конвенция об обмене официальными изданиями и правительственными документами между государствами 1958 г.

Однако трансграничная передача данных, как правило, имеет место в отношении телекоммуникаций. В то же время информация, выраженная вовне, подразделяется на устную, письменную и телекоммуникационную.

Если речь идет об устной и письменной информации, критерии международного характера информационных отношений можно определять по-иному. Помимо состава участников имеет значение то, что средство выражения информации имело место за границей, однако затрагиваются права и интересы субъектов в другом государстве. К средствам выражения устной информации относятся речь, жест, звук, знак. К средствам выражения письменной информации относятся книги, брошюры, газеты, журналы и т. п. Например, речь, произнесенная 5 марта 1946 г. Уинстоном Черчиллем в Вестминстерском колледже в Фултоне, штат Миссури, США, в СССР считалась сигналом для начала холодной войны.

Для международных и внутренних отношений характерен единый объект — информация, что обуславливает сходство их содержания. Однако не все внутренние информационные отношения приобретают международный характер.

Для международных информационных отношений невластного характера нами предложено три альтернативных критерия определения международного характера отношений: наличие иностранного субъекта; осуществление трансграничной передачи информации, наличие средства выражения информации в другом государстве.

Ядром международных информационных отношений являются отношения, связанные с признанием и осуществлением права человека на информацию.

Право человека на информацию как международно-правовая категория носит условный характер и используется в основном в правовой доктрине¹³⁵⁶.

В международных документах используются термины «свобода убеждений» и «свобода выражения мнения». Так, ст. 19 Всеобщей декларации прав

¹³⁵⁶ См., напр.: Савельев Д.А. Права человека в области информации (международно-правовые аспекты): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002.

человека от 10 декабря 1948 г.¹³⁵⁷ устанавливает, что каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное их выражение; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ. Таким образом, Всеобщая декларация свободы информации как свободу человека рассматривает в качестве составной части свободы убеждений и свободы выражения их.

О свободе выражения мнения говорится в ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.¹³⁵⁸, ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.¹³⁵⁹, ст. 13 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября 1969 г.¹³⁶⁰, ст. 9 Африканской хартии прав человека и народов от 26 июня 1981 г.¹³⁶¹

Во всех договорах, за исключением Африканской хартии, закреплено положение о том, что означает свобода выражения мнения. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения или иными способами по своему выбору. Данную свободу искать, получать и распространять информацию можно условно именовать свободой информации (в смысле субъективной свободы) или же правом человека на информацию.

Свобода информации может иметь определенные ограничения. Они устанавливаются для уважения прав и репутации других лиц; для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения (ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах). Статья 10 Европейской конвенции содержит более развернутый перечень ограничений. Наряду с вышеизложенными, она указывает, что ограничения свободы информации могут устанавливаться в интересах национальной безопасности, территориальной целостности, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

Американская конвенция, наряду с общими ограничениями свободы информации, содержит правило о том, что публичные представления могут согласно закону подвергаться предварительной цензуре с единственной целью ре-

¹³⁵⁷ Текст см.: Международное публичное право: Сб. документов. Т. 1. М., 1996. С. 460–464.

¹³⁵⁸ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXII. М., 1978. С. 44–58.

¹³⁵⁹ Бюллетень международных договоров. 2001. № 3. С. 3–44.

¹³⁶⁰ Международные акты о правах человека: Сб. документов. 2-е изд. М., 2002. С. 867–886.

¹³⁶¹ Там же. С. 887–899.

гулирования доступа на них несовершеннолетних по соображениям моральной защиты детства и юношества.

Наконец, ст. 20 Международного пакта и п. 5 ст. 13 Американской конвенции запрещают пропаганду войны.

Не менее значимой категорией является категория информационного общества. Если рассмотреть материалы Всемирного саммита по информационному обществу, то можно выделить следующие признаки информационного общества: 1) использование возможностей цифровых технологий; 2) предоставление доступа к ИКТ для всех; 3) обеспечение разнообразия в киберпространстве; 4) использование цифровых технологий в целях развития. Нетрудно заметить, что данные признаки носят в большинстве своем технический характер и мало что дают для характеристики системы общественных отношений.

Следует отметить, что информационное общество — это формирующаяся система общественных отношений. Отдельные государства значительно продвинулись в его построении. Как следствие, при характеристике информационного общества необходимо учитывать те признаки, которые проявляются в настоящее время.

Обстоятельную характеристику информационного общества дает Й. Масуда¹³⁶². Он выделяет 17 признаков информационного общества, из которых 6 носят экономический характер: в информационном обществе «компьютерная технология» является инновационной технологией, составляет ядро развития, и ее фундаментальной функцией выступает осуществление и применение умственного труда человека; в информационном обществе происходит массовое производство познавательной, систематизированной информации, технологии и знаний; информационные сети и базы данных заменили фабрику как социальный символ и стали центром производства и распределения товаров и т. п.

Однако особое внимание следует обратить на социальные признаки информационного общества, названные Й. Масудой (наличие горизонтальных связей в обществе, возможность для каждого создавать информацию и знания и т. п.). Соответствующие социальные признаки определенным образом характеризуют систему общественных отношений и далее могут быть использованы при формулировании краткого понятия информационного общества.

Попытки охарактеризовать информационное общество нередко сопряжены с одним подходом к его характеристике — технологическим или экономическим. В перечне признаков всегда доминируют признаки определенного вида.

Необходимо определить специфику субъектов, объекта и содержания отношений в информационном обществе.

¹³⁶² Masuda Y. The Information Society as Post-Industrial Society. Washington, 1983. P. 31–33.

На наш взгляд, современные отношения по созданию, распространению, получению, иным действиям по обращению информации, ее хранению и уничтожению характеризуются широким кругом субъектов. Субъектами информационных отношений все активнее выступают индивиды и объединения индивидов — юридические лица, общественные объединения и т. п. Данное обстоятельство связано с тем, что ИКТ позволяют осуществлять непосредственную коммуникацию между людьми независимо от государственных границ. Таким образом, невластные субъекты получают возможность участия в информационных отношениях, что не исключает участия в них властных субъектов.

Изменяется и объект информационных отношений. Если до середины XX в. существовали отдельные, обособленные носители информации, то далее возможности для познания расширились. Субъекты информационных отношений приобрели возможность оперировать информационными системами, к которым, прежде всего, относится Интернет. Таким образом, в информационном обществе складываются отношения по поводу функционирования информационных систем.

Наиболее существенные изменения произошли в содержании информационных отношений. Благодаря развитию ИКТ их возможности стали использоваться во многих сферах жизни общества: политической, экономической, социальной, культурной. Появились электронная торговля, электронное правительство, электронная медицина, дистанционное образование и т. п. По существу, не осталось сфер, в которых ИКТ были бы неприменимы. Как результат, информационные отношения стали опосредовать экономические, политические, социальные и культурные отношения.

По нашему мнению, на современном этапе развития отношения в информационном обществе включены в структуру гражданского общества.

Не вдаваясь в дискуссию по вопросу понятия гражданского общества, можно основываться на определении гражданского общества, данном С.В. Черниченко: «Гражданское общество — та область общественных отношений, в которой члены общества в целом взаимодействуют между собой как частные лица индивидуально или коллективно, через создаваемые ими организации, и в которой государство ограничивается ролью гаранта соблюдения таких интересов, не вмешиваясь в складывающиеся между частными лицами отношения до тех пор, пока они не затрагивают публичный интерес, т. е. интерес общества в целом, управляемого государством»¹³⁶³.

На сегодняшний день информационное общество формируется в частной сфере, посредством взаимодействия негосударственных акторов. Информационное общество является составной частью гражданского общества, включаю-

¹³⁶³ Черниченко С.В. Очерки по философии и международному праву. М., 2009. С. 539.

щей в себя отношения, связанные с использованием ИКТ. Однако государство уже не может не учитывать факт существования информационного общества, оказывающий влияние и на отношения политические.

Можно предложить следующее определение информационного общества: это часть гражданского общества, представляющая собой систему общественных отношений, складывающихся в области функционирования информационных систем, которые формируются на базе развития информационно-коммуникационных технологий, в которой информационные отношения оказывают влияние на политические, экономические, социальные, культурные отношения.

Г.А. Василевич

Судебный прецедент в международном праве и единообразная судебная практика

По имеющимся данным существует более 200 интеграционных объединений. А.А. Каширкина и А.Н. Морозов в пользу интеграции приводят следующие доводы: 1) она снижает риск военных конфликтов; 2) по причине устранения торговых барьеров отмечается экономический рост участников интеграции; 3) политическая интеграция спасает демократию¹³⁶⁴ Усложнение межгосударственных связей предполагает развитие международно-правового регулирования складывающихся отношений.

Однако эти объективные факторы не исключают возникновение споров между государствами, между государствами, входящими в межгосударственные объединения, принявшими на себя определенные обязательства, и отдельными гражданами, указывающими на их нарушения. Среди различных видов разрешения международных споров важное место занимает судебное разбирательство. Именно развитие межгосударственных отношений приводит, таким образом, к необходимости создания международных судебных органов и повышению их роли в международном праве. Соответствующие судебные инстанции учреждены как при универсальных, так и региональных международных организациях. С учетом специфики рассматриваемых споров различают, в частности, следующие виды судов: а) Международный суд ООН – разрешает межгосударственные споры; б) Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека – рассматривают споры по инициативе фи-

¹³⁶⁴ Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международно-правовые модели Европейского Союза и Таможенного союза: сравнительный анализ: монография / отв. ред. А.Я. Капустин. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Юридическая фирма «Контракт», 2012. С.23.

зических и юридических лиц против государств и международных организаций; в) Административный трибунал МОТ – к его компетенции отнесены трудовые споры в рамках международных организаций; г) Суд Европейского Союза – рассматривает различные категории споров; д) Нюрнбергский трибунал – суд по привлечению к ответственности физических лиц, виновных в злодеяниях в период Второй Мировой войны. Можно также назвать еще такие суды, как Международный уголовный суд, Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный трибунал по морскому праву, Экономический суд СНГ, Суд Евразийского экономического союза и др.

Слово прецедент происходит от латинского – *praecedentis* – предшествующий, т.е. – состоявшееся ранее постановление суда или другого органа, принимаемое за образец при решении в дальнейшем аналогичных вопросов. Когда говорим исключительно о судебном прецеденте, то имеем в виду акт судебной деятельности, судейского правотворчества. Судебный прецедент является актом суда по конкретному делу, обоснование позиции суда по которому становится правилом, которого должны придерживаться суды при рассмотрении аналогичных дел. Как законодатель, принимая законы, содействует уяснению смысла Конституции, так и судья, вынося решения впервые, выясняет смысл нормативного правового акта¹³⁶⁵. Отметим различие между судебным прецедентом и судебной практикой: прецедент, как уже отмечалось, является решением по конкретному делу, а судебная практика – это совокупность решений по конкретным однородным делам, принимаемым в течение определенного периода времени¹³⁶⁶. Судебная практика рассматривалась как «вся судебная деятельность, воспринимаемая в ее типичных проявлениях. В этом плане судебная практика охватывает и среднестатистические сроки рассмотрения дел в судах, и принятые формальности в написании приговоров и решений или ведении протоколов судебных заседаний, и распространенность применения тех или иных санкций и т.п.»¹³⁶⁷.

На практике возникают споры о том, может ли формулироваться судебное правоположение одним решением или необходимо несколько соответствующих решений, которые определяются как устоявшаяся судебная практика. Однозначного ответа быть не может. Как справедливо отмечает Л. Вильдхабер, одно большое дело может явиться таким же веским прецедентом, что и целая

¹³⁶⁵ Васильев В.И. Муниципальная реформа: состояние и перспективы // Журнал Российского права. 2014. № 6. С.7.

¹³⁶⁶ Сорокин В.В. Судебная практика как источник права: за и против // СибЮрВестник. № 3. 2002. С.37. Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. № 5. 2003. С.51.

¹³⁶⁷ Белкин А.А. Источники права и судебная практика в Российской Федерации: учен. записки. Вып. 8 / под. ред. А.А. Ливеровского. СПб. 2001. С.121.

группа более мелких дел¹³⁶⁸. Французские авторы Ф. Малори и Л. Айнес определяют судебную практику как «совокупность судебных решений, из которых выводится норма права, поскольку эти решения выносились постоянно в единой логике, по одним и тем же правовым вопросам»¹³⁶⁹. Отличие судебной практики от прецедента заключается в том, что судебная практика может формировать новые тенденции в случае необходимости. По справедливому утверждению другого французского ученого П. Сандевуара «задача судебных инстанций состоит в дополнении, уточнении или замещении недостаточно развитых, неясно сформулированных или несуществующих правовых норм; кроме того суды могут модернизировать давно существующую норму права». Судья обязан обосновывать свое решение ссылками на текст закона, что способствует прозрачности вынесенного решения¹³⁷⁰.

Отношение к прецеденту и его соотношению с судебной практикой различается в зависимости от того, идет ли речь о международном или национальном праве (о чем подробнее мы скажем ниже), о правовой семье общего или романо-германского права. При этом подчеркнем, что наука и практика не стоят на месте и появляются новые оценки места и роли прецедента и судебной практики для развития внутригосударственных и международных отношений.

Отдельные авторы считают, что каждое судебное решение является судебным прецедентом, подчеркивая, что в отдельных случаях оно обязательно и является силу источника для участников судебного спора, а в других случаях – выступает прецедентом в широком смысле, то есть приобретает силу источника для иных споров и разбирательств¹³⁷¹. Конечно, делая соответствующий вывод, надо анализировать правовой статус той или иной судебной инстанции. Так, согласно статье 59 Статута Международного Суда ООН, судебное решение по конкретному делу является вспомогательным средством для определения правовых норм.

Сторонами по делам, разбираемым Судом ООН, являются только государства. Специализированные учреждения ООН обладают правом обращения в Международный Суд с просьбой о вынесении консультативного заключения. К его ведению дела, передаваемые ему сторонами, и все вопросы, специально предусмотренные Уставом ООН или международными актами. При разрешении спора Суд руководствуется общими и специальными международными кон-

¹³⁶⁸ Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека // Государство и право. 2001. № 12. С. 7.

¹³⁶⁹ Цит. по: Хомякова Н.П. Роль французской судебной практики как источника нормотворчества // Государство и право 2001. № 1. С. 101-103.

¹³⁷⁰ Цит. по: Хомякова Н.П. Роль французской судебной практики как источника нормотворчества // Государство и право. 2001. № 1. С. 101-103.

¹³⁷¹ Энтин М.Л. Курс международного права. В 7 т. Т. 3. Основные институты международного права. М., 1990. С. 169.

венциями, в которых содержатся правила, однозначно признанные спорящими государствами, международными обычаями, общими принципами права, признанными цивилизованными нациями, судебной доктриной. Во взаимосвязи со статьей 38 Статута, согласно которой решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу, отрицается однозначность вывода, что судебное решение Суда ООН является прецедентом. С учетом этого ряд авторов не считают возможным признавать судебные решения в качестве источника права, подчеркивают их «справочный», ориентирующий характер¹³⁷². В свою очередь, Л.П. Ануфриева акцентирует внимание на том, что «решения Международного Суда ООН по конкретному делу обладают качеством служить источником права в объективном смысле ввиду того, что располагают всеми характеристиками быть источником субъективных прав и обязанностей вовлеченных в спор субъектов международного права». По ее мнению, «если Международный Суд ООН не признает свои решения как прецеденты (что составляет весьма расхожее утверждение), – это означает лишь, что речь идет о решениях, в которых указанный элемент отсутствует, но он вовсе не должен исключаться в принципе»¹³⁷³.

С точки зрения теории права для источника права, а значит и прецедента, характерна всеобщность, обязательность и устойчивость применения. В этом плане акты Международного суда ООН с формально-юридической стороны трудно отнести к прецедентам. И в то же время справедливо замечание Л.П. Ануфриевой, обращающей внимание на объективный характер судебных различий последствий, наступающих при вынесении судебного решения на основе международно-правовой нормы и нормы внутригосударственного права¹³⁷⁴. На наш взгляд, надо также учитывать, что, исходя из своей суверенной воли, именно государства наделяют международные суды определенным объемом полномочий, «пределом» принимаемых решений, насколько они могут влиять на иных субъектов, которые не были участниками судебного разбирательства и т.п.

Надо учитывать, что решения Международного суда ООН обладают высоким авторитетом уже в силу особой значимости этой международной организации, особо тщательного подбора квалифицированных судей в его состав. Поэтому его решения используются при выработке в будущем международно-правовых норм, а также как при разрешении нового спора, когда Суд обращается к ранее вынесенным собственным актам. Практика свидетельствует, что Международный Суд ООН применяет принципы и нормы в соответствии с тем,

¹³⁷² Международное право: Учебник/ Отв. ред. В.И. Кузнецов. М., 2001. С.84-85; Международное право: Учебник для вузов / Отв. ред. Г.В.Игнатенко и О.И.Тиунов. М., 2001. С.105.

¹³⁷³ Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий). Дис. ... д.ю.н. М., 2004. С.106.

¹³⁷⁴ Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий). Дис. ... д.ю.н. М., 2004. С.104.

как они были истолкованы в его предыдущих решениях, т.е. может руководствоваться созданными им прецедентными нормами¹³⁷⁵. Подкрепляется этот вывод тем, что согласно Статуту Суда применение и толкование им права должно соответствовать международно признанным правам человека и не допускать дискриминации по каким бы то ни было признакам¹³⁷⁶.

Принято считать, что способность положений ранее вынесенного судебного решения быть использованными в других аналогичных ситуациях (делах) зависит от наличия в нем главной составляющей - *ratio decidendi*, выступающей критерием «нормативности» судебного решения. Профессор Уэмбо определял *ratio decidendi* в качестве основного правила, при отсутствии которого судебный спор был бы разрешен иначе. Его метод оценки данного факта называют методом инверсии. Он считал, что для определения *ratio decidendi* в конкретном судебном деле надо использовать три взаимосвязанных действия а). сформулировать предполагаемое правоположение, на основе которого было разрешено дело; б) данное правоположение заменить на противоположное по значению; в) ответить на вопрос – «Мог ли суд, приняв такое обратное правоположение, вынести такое же решение, которое он в действительности вынес?». При отрицательном ответе сформулированное правоположение является *ratio*, при утвердительном – предполагаемое правоположение является лишь *obiter*. (*obiter* – сказанное попутно, не являющееся обязательным).

Таким образом, Международный Суд ООН «переводит ситуацию в нормальный режим с точки зрения международного права и тем самым содействует поддержанию юридической безопасности государств как совокупности их объективных прав и законных интересов»¹³⁷⁷. Единообразная практика Международного суда ООН или другой судебной инстанции позволяет обеспечить реализацию на деле принципа равенства всех перед законом (международной нормой) и судом. В ином случае судебная инстанция может дать повод для обвинений в пристрастном подходе в наличии двойных стандартов. Связующим фактором в работе международных судов являются принципы права. Как замечает Р.А. Каламкарян, «утверждение об отсутствии подлежащих применению норм и принципов права ставит под вопрос принцип законченности международного права. Тем самым принижается значение и роль международного права при регулировании межгосударственных споров»¹³⁷⁸. Признание со стороны

¹³⁷⁵ Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М.: Норма: Инфра-М., 2013. С.199.

¹³⁷⁶ Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М.: Норма: Инфра-М., 2013. С.199.

¹³⁷⁷ Каламкарян Р.А. Международный Суд и современный правопорядок: позитив международно-правового опыта // Государство и право. 2013. № 1. С.63.

¹³⁷⁸ Каламкарян Р.А. Международный Суд и современный правопорядок: позитив международно-правового опыта // Государство и право. 2013. № 1. С.63.

суда, государства, что спор не может быть урегулирован по причине недостаточности полномочий, означает уклонение от добросовестного выполнения международных обязательств¹³⁷⁹. Среди международных судебных органов особое место занимает Суд Европейского Союза. Европейский Союз имеет отличающийся своей спецификой правопорядок, оказывающий влияние на конституции и текущее законодательство государств-членов¹³⁸⁰. Как справедливо отмечается в литературе, «являясь неотъемлемой составляющей современного процесса глобализации, интеграция чаще всего оценивается в юридической доктрине с положительной стороны. Причем развитие и расширение Европейского Союза в последние десятилетия наглядно демонстрирует возможности региональной интеграции»¹³⁸¹. Несмотря на все проблемы, которые возникают в рамках ЕС, включая и решение Великобритании выйти из ЕС, на наш взгляд, опыт европейской интеграции весьма полезен.

Перед судом ЕС: стоит задача обеспечивать сохранение единообразия права Сообщества в его толковании и применении (ст. 164 Договора о ЕС). Решения Суда ЕС обладают высшей юридической силой, они носят общеобязательный характер. Вместе с учредительными договорами они занимают высшее место в иерархии актов ЕС. Нормы, содержащиеся в актах Суда ЕС обязательны как для него самого, так и для национальных судов государств-членов ЕС. За неисполнение актов Суда ЕС учредительными договорами предусмотрено применение санкций. Посредством толкования учредительных договоров и Суд ЕС развивает первичное право, обеспечивает его связь с производным правом. По этому поводу британский правовед Т.К. Хартли отмечает: «Прецедентное право Суда ЕС также важно для развития права Сообщества, как прецедентное право английских судов для современного английского права»¹³⁸². Суд ЕС связывает своими решениями и себя самого. При аналогичных обстоятельствах он выносит решение, аналогичное уже состоявшемуся. Иногда при формулировании новых норм он ссылается не на положения учредительных договоров, не на конкретные свои решения, но на «сложившееся прецедентное право». Европейский Суд допускает в некоторых случаях изменение собственной позиции, но в таких случаях обычно аргументирует это обстоятельство.

¹³⁷⁹ Каламкарян Р.А. Международный Суд и современный правопорядок: позитив международно-правового опыта // Государство и право. 2013. № 1. С.64.

¹³⁸⁰ Дудко И.Г., Гагаева Е.А. Влияние европейского права на конституционное право государств Центральной и Восточной Европы: монография. М.:Юрлитинформ, 2013. С.41-42.

¹³⁸¹ Каширкина А.А., Морозов А.Н. Международно-правовые модели Европейского Союза и Таможенного союза: сравнительный анализ: монография /отв. ред. А.Я. Капустин. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; Юридическая фирма «Контракт», 2012. С.21.

¹³⁸² Хартли Т.К. Основы права Европейского Сообщества. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. С. 87.

Для норм ЕС характерно их подкрепление санкционным механизмом воздействия к государствам (субъектам), нарушающим ценности ЕС. Например, можно обратить внимание на механизм санкций, принимаемых ЕС по отношению к государству-члену, допустившему серьезное и устойчивое нарушение ценностей ЕС (ст. 7 Лиссабонского договора), установленных в ст. 2 Лиссабонского договора (уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, уважения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам, верховенства права). Тем самым, фиксируются высокие стандарты, которые неукоснительно должны соблюдать государства-члены ЕС. Особенностью функционирования правовой системы Европейского Союза является то, что она развивается на основе принципов и традиций двух доминирующих правовых семей: романо-германской и англосаксонской¹³⁸³. На европейском континенте все заметнее конвергенция двух основных правовых семей (англо-саксонской и романо-германской), все активнее процесс их взаимопроникновения. В государствах континентальной Европы - Германии, Франции, а также постсоциалистических странах (Болгария, Венгрия, Румыния, Латвия и др.) считается, что законодательство теоретически охватывает любую ситуацию, с которой сталкиваются суды. Более того, в зарубежной практике государств, относящихся к романо-германской правовой семье, судебная практика отдельных инстанций закрепляется в качестве источника права. Так, во Франции решения Кассационного суда признаются источником права¹³⁸⁴. В этой же стране судебный прецедент широко используется в административной юстиции, где главенствующую роль играет Государственный Совет. В законодательстве Испании предусмотрена правотворческая роль судебной практики Верховного Суда, а в Германии – решений Федерального Конституционного Суда. Аналогичные подходы закреплены по отношению к некоторым судебным инстанциям в Нидерландах и Италии¹³⁸⁵.

Таким образом, отношение к судебному прецеденту претерпевает определенную эволюцию. В англо-саксонской системе права в связи с численным ростом статутов они доминируют в регулировании общественных отношений, все большее число дел рассматривается на основе закона. Это дает основание И.Ю. Богдановской сделать вывод о том, что “в настоящее время в странах “общего права” судьи в основном занимаются толкованием статутов, и их деятельность, таким образом, связана с правоприменением” По ее утверждению, судебное прочтение статута становится, в свою очередь,

¹³⁸³ Дерябина Е.М. Характерные черты и особенности источников права Европейского Союза. Государство и право. 2014. № 7. С.6.

¹³⁸⁴ Общая теория государства и права. В 2 т. Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. М., 1998. С. 120.

¹³⁸⁵ Роль судебной практики как источника права // Глобализация и развитие законодательства (очерки) / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. М., 2004. С.50–51.

прецедентом, только так называемым “прецедентом толкования”. По ее характеристике, современное прецедентное право в основном развивается посредством прецедентов толкования как актов, основанных на законе, а не “чистых” прецедентов¹³⁸⁶. Однако мы хотели бы обратить внимание на тот факт, что и сама И.Ю. Богдановская, как это следует из ее вывода, допускает существование и иных прецедентов, а не только прецедентов толкования.

Ситуация, при которой прецедент, являющийся результатом правотворческой деятельности судов, законодательно не закрепляется и не обеспечивается, иными словами – формально не признается, а фактически существует и применяется, является довольно типичной не только для стран романо-германского права. Так, например, в правовой системе Греции фактически действует прецедентное право. Это проявляется, с одной стороны, в том, что Верховный Суд страны принимает весьма важные по своему характеру решения, фактически приравняемые к прецеденту. А с другой – в том, что в своей деятельности нижестоящие суды Греции обычно приспосабливаются к решениям вышестоящих судов, хотя технически они никак не связаны этими решениями¹³⁸⁷. Активная совместная работа и постоянная связь между Судом ЕС и национальными судебными системами позволила на практике не противопоставлять европейское право национальному праву, но сделать его неотъемлемой частью последнего.

Важную составляющую правовой системы Европейского Союза имеют правовые принципы ЕС. Их реализация в практическую плоскость – основная задача Европейского Суда. Общие принципы права получили широкое применение в правовой системе ЕС, в судебной практике благодаря активной творческой деятельности Суда ЕС сложился устойчивый спектр общих принципов права. Правовая основа возможности применения Судом ЕС общих принципов права содержится в учредительных договорах ЕС (ст. 340 Договора о функционировании ЕС). В литературе подчеркивается, что на практике Суд ЕС «в своих решениях неоднократно ссылался на общие принципы права и основные права и свободы личности, которые могли и не встречаться в явно выраженной форме и источниках писаного права ЕС»¹³⁸⁸. При этом обращается внимание, что, конечно, Суд руководствуется прежде всего нормами писаного права «и лишь когда формальное следование норме может привести к нарушению более высоких правовых ценностей, Суд выходит за пределы

¹³⁸⁶ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. 2002. № 12. С. 8.

¹³⁸⁷ Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2005. С.510.

¹³⁸⁸ Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М.: Норма: Инфра-М., 2013. С.183.

конкретной нормы и обращается к неписаным источникам права ЕС, формулируя собственную позицию по рассматриваемому вопросу права»¹³⁸⁹.

К ним относятся принцип полного соответствия актов, издаваемых наднациональными органами, содержанию учредительных договоров; строгого соответствия актов толкования толкуемым актам; принцип приоритета международных соглашений, которые обладают приоритетом по отношению к национальным актам; приоритет новых актов по отношению к ранее изданным, специальных – по отношению к общим и др.¹³⁹⁰

М.В. Захарова при характеристике европейской правовой модели выделяет три ключевых базиса: приоритет международного права над национальным; прямое действие отдельных составляющих общеевропейского права; наличие наднациональных правовых юрисдикций¹³⁹¹. М.В. Захарова подчеркивает, что в европейском праве в отличие от международного классического права напрямую не закреплено его верховенство ни в учредительных договорах, ни в иных договорах, ни в изданных на их основе нормативных правовых актах¹³⁹². В полной мере с этим нельзя согласиться. Ведь без такой юридической направленности учредительных договоров нельзя было бы и Суду ЕС формировать принцип верховенства права ЕС. Действительно, со всей очевидностью действие данного принципа установлено Судом справедливости¹³⁹³, однако не было бы такого вектора в учредительном договоре, не смог бы помочь и Суд.

Недопустимость придания актам законодательства ЕС, ухудшающим правовое положение участников отношений, обратной силы (принцип правовой определенности). Соразмерность возлагаемых обязанностей достигаемым целям (правомерность целей). Иногда этот принцип называют принципом пропорциональности. Суть его заключается в том, что ограничения не должны за пределы достигаемых целей. Это именно тот случай, когда цель и используемые средства должны быть сопоставимыми. В учредительном договоре ЕС зафиксировано, что «любые действия Сообщества не должны идти далее того, что необходимо для достижения целей настоящего Договора». Недопустимость дискриминации физических (а также юридических) лиц в зависимости от различных социальных и правовых факторов, прежде всего принадлежности к гражданству определенного государства (принцип равенства). Важнейшим

¹³⁸⁹ Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. М.: Норма: Инфра-М., 2013. С.184.

¹³⁹⁰ Дерябина Е.М. Характерные черты и особенности источников права Европейского Союза // Государство и право. 2014. № 7. С.7.

¹³⁹¹ Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С.14.

¹³⁹² Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С.15.

¹³⁹³ Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С.15.

принципом организации и деятельности ЕС является принцип субсидиарности. В соответствии с Лиссабонским договором от 13 декабря 2009 г. принцип субсидиарности стал неотъемлемой частью права ЕС: нормы ЕС, согласно решению Европейского Суда, имеют прямое действие независимо от наличия в конкретном государстве имплементационного акта, они обязательны для применения всеми судебными органами, в том числе национальными и Судом ЕС¹³⁹⁴. Принцип субсидиарности предполагает поиск баланса интересов ради лучшего достижения цели¹³⁹⁵.

Утверждение в реальной действительности принципа верховенства права ЕС является заслугой Европейского Суда, который в своих решениях постоянно подчеркивал особую роль международных договоров учредительного характера: создавая межгосударственное образование (ЕС) государства-члены сами ограничивают свои суверенные права, хотя и в отдельных сферах, тем самым создав правовую систему, которая связывает и их граждан, и их самих. Тем самым, на взаимной основе государства отказались от приоритета их национальных правовых актов.

В результате судебной практики Суда ЕС право ЕС должно пониматься и восприниматься не только как право, созданное государствами-членами и институтами Союза, но и как право истолкованное, а значит, соответствующим образом понятое и объясненное Судом ЕС. По этой причине при исследовании феномена права ЕС нельзя игнорировать прецедентное право Суда ЕС, которое на полном основании может рассматриваться как источник права ЕС.

Руководствуясь принципом верховенства права ЕС, Европейский Суд даже поставил его выше национальных конституций государств-членов ЕС. Самое четкое, последовательное определение принципа верховенства права ЕС содержится в решении Европейского Суда по делу Симменталь, в котором также затрагивается и принцип прямого действия права ЕС: предписания права Сообщества должны быть полностью и единообразно выполнены во всех государствах-членах с момента их вступления в силу и до тех пор, пока они являются действующими. ... Национальный суд как орган государства-члена имеет своей задачей защищать в пределах своей юрисдикции права, предоставленные индивидуумам правом Сообщества. В соответствии с принципом приоритета права Сообщества, соотношение между положениями Договора и непосредственно действующими предписаниями институтов, с одной стороны, и нацио-

¹³⁹⁴ См.: Суд Европейских сообществ. Решения и комментарии. Вып.3 / Под ред. Л.М.Энтина, Ю.А.Матвеевского. Избр. решения. М., 2007 (см. решение по делу Комиссия против Итальянской респ от 7.02.1973 г.).

¹³⁹⁵ См.: Пименова О.И. Субсидиарность как принцип реализации совместной компетенции: опыт Европейского Союза и перспективы его адаптации в Российской системе разграничения предметов ведения и полномочий (компетенции) // Государство и право. 2013. № 6. С.86-94.

нальным правом, с другой, является именно таковым, что с момента вступления в силу данных положений [права ЕС] они не только автоматически лишают юридической силы любую противоречащую им норму национального права,... но и препятствуют изданию обладающих правовой силой новых национальных законодательных актов, не соответствующих предписаниям Сообщества.

По сути, в рамках ЕС действует «принцип примата применения норм международного и обычного права»¹³⁹⁶. По утверждению М.В.Захаровой, прецеденты Европейского суда по правам человека выступают в роли общих принципов права; для их структуры характерно изложение сущности решения и попутных высказываний; при сохранении принципа несвязанности Европейского суда своими решениями каждый отход Суда от своих решений должен быть обоснован и доказан¹³⁹⁷.

Таким образом, Суд ЕС, являясь специфическим органом институциональной системы, в определенном смысле стоит над органами ЕС.

Что касается решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), то нами разделяется позиция, согласно которой решения ЕСПЧ также носят прецедентный характер, так они обязательны не только для государства-ответчика по делу, но и содержащиеся в них оценки Суда учитываются им при вынесении новых решений¹³⁹⁸. Поэтому государства, которых решения ЕСПЧ в данном конкретном деле вроде бы не касаются, во избежание в будущем негативных последствий при обращении с претензией к ним по аналогичному делу вынуждены учитывать решение ЕСПЧ.

ЕСПЧ обращал внимание в своих решениях, что положения Европейской конвенции следует рассматривать в историческом (эволюционном) развитии, которое может отличаться от замысла 40 лет назад ее авторов¹³⁹⁹.

Является ли прецедент тем источником, который неизменен либо который может изменить только законодатель? Нет. Л. Вильдхабер отмечает, что здесь не должно быть механических подходов. Для практики Европейского суда по правам человека, который он возглавлял, характерно отклонение от ранее принятых решений по “убедительным основаниям”, в частности, для обеспечения такого тол-

¹³⁹⁶ Тарасова Л.Н. Правомерность в международном праве: концептуальные, нормативные и практические аспекты // Государство и право. 2013. № 7. С.60.

¹³⁹⁷ Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С.16.

¹³⁹⁸ Брусницын Л.В. Значение решений ЕСПЧ для национального уголовного судопроизводства и проблемы их учета в государствах – членах Совета Европы (к реформе Конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Государство и право. 2013. № 2. С.26.

¹³⁹⁹ Цит по: Лаусон Р.А., Шермерс Х.Г. Обзор основных положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Из кн. «Избранные дела Европейского суда по правам человека») // Бюллетень № 2. Правоохранительная деятельность и права человека. Науч.- практ. семинар, 3-7 марта 2001 г. СПб, 2001. С.124.

кования Конвенции, которое отражает изменения в обществе и соответствует реалиям сегодняшнего дня¹⁴⁰⁰. На примере деятельности не только Британской Палаты лордов, но и судебных инстанций государств, относящихся к романо-германской правовой семье (Швейцарии, Германии, США), он показывает “пластичный” подход к судебным решениям, являвшимся прецедентами.

Фактическое распространение судебного прецедента отвечает интересам правовой определенности, способствует единообразному решению сходных дел, что в конечном итоге повышает гарантии тех, кто ищет защиты у правосудия¹⁴⁰¹.

Обладают ли решения ЕСПЧ прямым характером действия? В нынешних условиях наблюдается новый подход к соотношению решений наднациональных органов судебной власти и конституционных судов. По ряду вопросов законодательство Германии, России и некоторых иных стран отдает приоритет решениям своих конституционных судов над решениями ЕСПЧ. В литературе по отношению к решениям ЕСПЧ признается, что в подавляющем большинстве государств признается непосредственный характер действия решений Европейского Суда. Однако некоторые государства отдают приоритет решениям своих конституционных судов, которыми подчеркивается верховенство норм национальной Конституции. Одной из таких стран является Германия. В 2015 году соответствующее решение было вынесено Конституционным Судом Российской Федерации: КС признал Конституцию России по юридической силе выше решений ЕСПЧ. Он постановил, что решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) могут исполняться на территории РФ лишь в случае, если они не противоречат Основному закону страны. Если постановление ЕСПЧ, вынесенное по жалобе против России, противоречит Конституции, такое постановление не сможет быть исполнено. Таким образом, Россия может в отдельных случаях не исполнять международные обязательства, “если толкование нормы международного договора нарушает нормы Конституции”. В постановлении КС отметил, что в большинстве случаев коллизии между Конституцией РФ и Конвенцией по правам человека не возникают. Однако в случае, если конфликт возникнет и ЕСПЧ даст трактовку, противоречащую Конституции РФ, Россия будет вынуждена отказаться от буквального исполнения решения ЕСПЧ. Также КС постановил, что верховенство Конституции может быть обеспечено в рамках двух процедур. Первая предусматривает проверку законов, в которых ЕСПЧ нашел изъяны. Запрос в КС должен направить суд, пересматривающий дело после решения ЕСПЧ. Во втором случае запрос о толковании Конституции направляют президент или правительство РФ, когда органы власти сочтут

¹⁴⁰⁰ Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека // Государство и право. 2001. № 12. С.6.

¹⁴⁰¹ Глобализация и развитие законодательства (очерки) / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. М., 2004. С.61.

неисполнимым конкретное постановление ЕСПЧ из-за нарушения Конституции. Если КС после этого сочтет решение ЕСПЧ противоречащим Основному закону, оно не подлежит исполнению. КС также указал, что законодатель вправе создать специальный правовой механизм обеспечения верховенства Конституции в таких случаях¹⁴⁰².

Разделяем высказанное мнение в литературе, что судебный прецедент – это наиболее гибкий механизм преодоления погрешностей законодателя, важное средство и источник защиты прав и свобод граждан. Очень точно выразил проблему прецедента как источника права Л. Вильдхабер. Он подчеркнул, что фактически суды континентальной Европы следуют правам прецедентов, выработанным ими либо вышестоящими судами. Проблема состоит не столько в том, должны ли судебные решения считаться источником права, сколько в том, чему отдается приоритет – статуту (закону) или судебному решению. Как только подчеркивается приоритет статутного права, выраженного в законодательных актах, над судебными решениями, так сразу же большинство авторов континентальной Европы согласится с необходимостью следовать прецеденту.

А.А. Дорская

Типы правопонимания и вызовы постсекулярного мира

Вопрос о типах правопонимания активно обсуждается в современной юридической литературе. Причём можно выделить как классические темы - ответ на вопрос «Что такое право?» в различных правовых школах, проблема соотношения западного и российского правопонимания, так и не совсем «стандартные», к которым можно отнести, среди прочих, вопрос о религиозном правопонимании, его соотношении с правопониманием юридическим.

Если подойти к данному вопросу исторически, можно выделить несколько этапов.

О соотношении юридического и религиозного взглядов на право можно говорить с эпохи Средних веков, когда, во-первых, одним из важнейших факторов европейского развития стала борьба светской и церковной власти, во-вторых, началось противопоставление Запада (параллельное развитие канонического и правового регулирования с тенденцией «завоевания» юридическими нормами всё большего «пространства») и Востока (правовые нормы как производная от религиозных норм).

Новый этап юридизации общественных отношений начался в период установления в Европе абсолютных монархий, когда право стало для монарха

¹⁴⁰² КС РФ: Конституции России имеет приоритет перед международными нормами// <http://www.warandpeace.ru/ru/news/view/103279> (Дата обращения: 28.08.2015 г.).

одним из инструментов установления неограниченной власти. В этот период появилось понятие «церковное право», представляющее собой совокупность религиозных канонов, признанных государством, и законодательства по делам религиозных организаций.

XIX – начало XX вв. стали периодом нового «наступления» на религиозное правопонимание. Во многих странах Европы нормативным путём закрепляется свобода совести, из-под влияния церковных канонов стало выводиться регулирование брачно-семейных отношений, начали вводиться гражданский брак и гражданский развод, появилось понятие светского государства.

XX век стал самым «секулярным» за всю историю человечества, когда возникло ощущение, что религиозное правопонимание навсегда уступило место юридическому. Но при этом были построены различные модели соотношения государства и религиозных организаций: разнообразные светские государства (США, Испания, Франция, Италия и другие); государства, имеющие государственные религии, но при этом государственно-конфессиональные отношения строятся на мирной, больше светской основе (Финляндия); государства, поддерживающие религиозную идеологию (Иран, Саудовская Аравия и т.д.). Произошло «обожествление» идеи прав человека, способствующей индивидуализации во всех сферах жизни человека.

Однако с началом нового века и тысячелетия мир вступил в новую эпоху. После событий 11 сентября 2001 г. Ю.Хабермас ввёл новое понятие – постсекулярный мир, которое получает всё большее распространение.

Атеистические воззрения людей прошлого столетия, которые активно распространялись во всём мире благодаря развитию науки, более доступному образованию, коммунистической идеологии и т.д., сменил новый этап поиска нравственных основ человека информационной эры, основанный, в том числе, на обращении к религиозным учениям.

Значимость религиозного правопонимания проявилась с новой силой в сопротивлении части мусульманского мира глобализационным и региональным интеграционным процессам, в новом всплеске религиозности в странах бывшего социалистического лагеря, в поддержке значительной частью населения традиционных ценностей и т.п.

Сферы, в которых проявляется религиозное правопонимание, абсолютно различны. Рассмотрим только некоторые из них.

Во-первых, в большинстве стран мира государственно-конфессиональные отношения строятся как партнёрские, независимо от того, является ли государство светским или в нём конституционно закреплена государственная религия.

Создаваемые конструкции является настолько хрупкими, что, например, наднациональное право не регулирует данные вопросы. Так, к примеру, в Маастрихтский договор 1992 г. о создании Европейского Союза было включено

положение, согласно которому нормы договора не распространяются на характер государственно-церковных отношений в каждой отдельной стране - члене Европейского Союза.

И государства, и религиозные организации (конфессии) имеют нормотворческую функцию. И те, и другие нормы чаще всего предназначены для исполнения одними и теми же людьми. При этом правовые и религиозные нормы могут не только слабо взаимодействовать, но и вступать в конфликт. Масштабность такого конфликта и возможные способы его разрешения зависят от принципов взаимоотношений государства и церкви в конкретный период времени, от действенности тех или иных норм в обществе.

Достаточно интересным примером преодоления возможного столкновения юридического и религиозного правопонимания является Германия. Согласно статистике, большинство немецкого населения – христиане, при этом католики составляют 32,4 %, протестанты – 32 %, православные – 1,14 %. Небольшая часть верующих принадлежит к другим христианским деноминациям: баптисты, методисты, верующие Свободной Евангелистской Церкви и приверженцы других религиозных течений. Часть верующих составляют мусульмане (приблизительно 3,8 %), свидетели Иеговы (приблизительно 0,2 %) и члены иудейских общин (приблизительно 0,12 %). Около 31 % немецкого населения, проживающего преимущественно на территории бывшей ГДР, - атеисты¹⁴⁰³. При этом ни одна церковь в Германии не обладает государственным статусом. Если раньше Федеральный Конституционный суд Германии исходил из «формулы каждого», состоящей в том, что для церкви и государства, которые ощущают себя ответственными за одних и тех же людей, за одно и то же общество, существует необходимость взаимосогласованной кооперации, то в новых решениях всё чаще выдвигается принцип «сопоставления правовых интересов», который позволяет придать церковному правопониманию особое значение¹⁴⁰⁴.

Во-вторых, во многих светских государствах религиозные каноны могут спокойно вписываться в правовую систему. Например, в таких странах, как Испания, Италия и других, существуют гражданская и церковная формы брака. Выбор формы брака принадлежит супругам. Естественно, что венчание осуществляется в соответствии с церковными канонами. При этом статья 16 Конституции Королевства Испания 1978 г. указывает: «Никакая религия не может быть государственной. Органы власти принимают во внимание религиозные верования испанского общества с католической Церковью и другими конфес-

¹⁴⁰³ Беллинг Д.В., Бойко А.В., Серова Н.Б. Право церквей на самоопределение по законодательству Германии // Государство и право. 2008. № 11. С.61.

¹⁴⁰⁴ Беллинг Д.В., Бойко А.В., Серова Н.Б. Право церквей на самоопределение по законодательству Германии // Государство и право. 2008. № 11. С.66-67.

сиями»¹⁴⁰⁵. В статье 7 Конституции Республики Италия 1947 г. определён характер взаимоотношений государства с самой массовой религией в стране: «Государство и Католическая Церковь независимы и суверенны в принадлежащей каждому из них сфере. Их отношения регулируются Латеранскими соглашениями. Изменения этих соглашений, принятые обеими сторонами, не требуют пересмотра Конституции»¹⁴⁰⁶. При этом в Италии, например, религиозные предметы преподаются в государственных образовательных учреждениях. Согласно Конкордату, заключённому между Римско-католической церковью и Итальянской республикой 18 февраля 1984 г., «Итальянская Республика, признавая ценность религиозной культуры и учитывая, что принципы католицизма являются историческим наследием итальянского народа, в общих целях образования будет продолжать преподавание католической религии в государственных учебных заведениях всех видов и ступеней, кроме университетов»¹⁴⁰⁷.

В странах, имеющих государственную религию, каноны конституционно признаны частью правовой системы страны. Например, в статье 2 Конституции Республики Мальта 1964 г. закреплено: «1. Религией Мальты является Римская Католическая Апостольская Религия. 2. Органы Римской Католической Апостольской Церкви обязаны и имеют право учить, какие принципы справедливы и какие ошибочны. 3. Религиозное учение Римской Католической Апостольской веры должно преподаваться во всех государственных школах как часть обязательного образования»¹⁴⁰⁸.

На религиозных нормах основано право мусульманских государств. Как пишет М.Н. Марченко, «государство в лице суверена-монарха или же в более позднее время парламента не может творить право, законодательствовать. Суверен в исламистском понимании не является господином, а слугой права. Мусульманское право создаётся самим Аллахом и его посланником пророком Мухаммедом. Что же касается суверена, то он, следуя праву, издаёт лишь административные акты и следит за правильным осуществлением правосудия»¹⁴⁰⁹. Поэтому вся правовая система пронизана религиозным пониманием права. Например, в мусульманском праве нет деления на частное и публичное, нет деления на устойчивые отрасли и институты права¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁵ Конституция Испании 1978 г. // Официальный сайт Посольства Испании в Российской Федерации - <http://vivovoco.rsl.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM#211>

¹⁴⁰⁶ Конституция Итальянской Республики // <http://worldconstitutions.ru/archives/148>

¹⁴⁰⁷ Религия и закон: Конституционно-правовые основы свободы совести, вероисповедания и деятельности религиозных организаций: Сборник правовых актов с комментариями. Сост. и автор комментариев А.О. Протопопов. М.: Паллада: Ново-Косино, 1996. С.48.

¹⁴⁰⁸ Конституция Республики Мальта 1964 г. // <http://worldconstitutions.ru/archives/145>.

¹⁴⁰⁹ Проблемы теории государства и права / под ред. М.Н. Марченко. М.: Юристъ, 2001. С.400.

¹⁴¹⁰ Примак Т.К., Старостина С.А. Договор в мусульманской политико-правовой доктрине // Государство и право. 2008. № 9. С. 76.

В-третьих, такое взаимодействие правовых и религиозных норм вновь актуализировало вопрос о юридической природе церковного права. На современном этапе в юридической науке можно выделить четыре основные квалификации.

Первая точка зрения состоит в том, что церковное право – это особая правовая система: аналогом может служить международное право.

Согласно другому мнению церковное право относится к корпоративному праву. В 1997 г. в Московской государственной юридической академии М.Ю. Варьясом была защищена кандидатская диссертация на тему: «Церковное право в романо-германской правовой семье», в которой был сделан важный вывод о том, что «церковное право является корпоративной правовой системой»¹⁴¹¹. Это положение взято за аксиому во второй важнейшей работе по церковному праву, вышедшей в последние годы: «Церковное право в правовой системе российского общества (общетеоретический и исторический аспекты)» Е.П. Гарановой¹⁴¹².

В кандидатской диссертации Д.Д. Борового «Каноническое (церковное) право как нормативная система социально-правового регулирования» церковное право также было охарактеризовано как «действующая корпоративная правовая система, регулирующая конкретные, реально существующие отношения людей внутри особого религиозного общества – Церкви»¹⁴¹³.

Третья точка зрения заключается в том, что церковное право при определенных условиях можно считать отраслью права. Так, например, А.С. Смыкалин пишет о церковном праве: «Эта отрасль права для нашего законодательства сравнительно молодая, хотя, как ни парадоксально, имеет почти тысячелетнюю историю... Это самостоятельная отрасль права в системе юридических норм, обладающая своим специфическим объектом»¹⁴¹⁴.

Наконец, четвертый вариант состоит в том, что церковное право – это комплексное правовое образование.

На наш взгляд, современное церковное право можно назвать корпоративным правом в тех государствах, где церковь отделена от государства, т.к. регулирует реально существующие отношения людей внутри особого корпоративного сообщества, например церкви.

¹⁴¹¹ Варьяс М.Ю. Церковное право в романо-германской правовой системе. Автореферат диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук. М., 1997. С. 18–24.

¹⁴¹² Гаранова Е.П. Церковное право в правовой системе российского общества (общетеоретический и исторический аспекты). Автореферат диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук. Нижний Новгород, 2004. С. 9–10.

¹⁴¹³ Боровой Д.Д. Каноническое (церковное) право как нормативная система социально-правового регулирования. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 18.

¹⁴¹⁴ Смыкалин А.С. Церковное право: публичное или частное? // Публичное, корпоративное, личное право: проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности : материалы V научно-теоретической конференции 2–3 декабря 2005 г. / под общей ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. СПб., 2005. Ч. 2. С. 189, 193.

В тех же европейских государствах, где существует государственная религия (Норвегия, Дания, Ирландия и другие), церковное право скорее может рассматриваться как особая правовая система. К таким примерам можно отнести то, что, например, в Норвегии заключение брака может происходить двумя способами: либо регистрация, либо церковный брак. Однако запрещено делать и то и другое, поэтому пары должны определиться, какую форму брака они выбирают: венчание в церкви или официальное заключение брака.

Исключением среди государств, в которых существует государственная религия, является Израиль. Здесь религиозные нормы скорее образуют комплексное правовое образование, т.к., например, «дела персонального статуса» (брак, развод, алименты, опекунов) здесь относятся к юрисдикции религиозных судов¹⁴¹⁵.

Однако все указанные дискуссии не характерны для мусульманского мира, где мусульманское право «является особой системой, имеющую собственную трактовку проблем происхождения права, его сущности, структуры, источников и др. Мусульманские правоведы постоянно подчеркивают, что их система права (в отличие от европейской) имеет божественное происхождение и черпает свою силу в воле Аллаха... Найти источник права, конкретную правовую норму, пригодную для решения того или иного дела, означает узнать волю Бога»¹⁴¹⁶. Кроме того, «исламское право имеет не территориальный, а персональный характер»¹⁴¹⁷. Главное – это долг перед Аллахом, покорность ему и тому, кто выше в социально-религиозной иерархии.

Таким образом, в современном мире наблюдается многообразие соотношения правовых и религиозных норм. В основном, церковное право является либо корпоративным правом (основная часть светских государств), либо особой правовой системой, имеющей общие точки пересечения со светским правом, либо одним из главных источников внутригосударственного права (большая часть мусульманского мира).

В-четвёртых, обращение к человеку как к высшей ценности, развитие системы прав человека и механизмов их защиты существенно повлияли на религиозные нормы. Если раньше, они основывались на делении людей на своих и чужих в зависимости от вероисповедной принадлежности, то теперь религиозные объединения восприняли многие светские правовые идеи.

Например, в Основах социальной концепции Русской Православной Церкви 2000 г., в разделе XVI, даётся следующая характеристика международных отношений и их регулирования.

¹⁴¹⁵ См.: Закон о даянах 1955 г. (раввинские суды), Закон о кади 1961 г. (мусульманские суды), закон о друзских религиозных судах 1962 г.

¹⁴¹⁶ Бажан Т.А., Старков О.В. Религиоведение для юристов. Учебник. СПб., 2007. С.220.

¹⁴¹⁷ Чиркин В.Е. Мусульманская концепция права // Мусульманское право: структура и основные институты. М., 1984. С.12.

«...Православные христиане должны помнить, что "не в силе Бог, а в правде". Вместе с тем, если кто-либо действует вопреки справедливости, то восстановление её нередко требует ограничительных и даже силовых действий по отношению к другим государствам и народам... Тем не менее, православные христиане и их сообщества призваны стремиться к созиданию таких международных отношений, которые служили бы максимальному благу и удовлетворению законных интересов собственного народа, сопредельных наций и всей общечеловеческой семьи.

При всем понимании неизбежности международных споров и противоречий в падшем мире, Церковь призывает власть имущих разрешать любые конфликты путем поиска взаимоприемлемых решений. Она становится на сторону жертв агрессии, а также нелегитимного и нравственно неоправданного политического давления извне. Использование военной силы воспринимается Церковью как крайнее средство защиты от вооруженной агрессии со стороны других государств...

Свои отношения с внешним миром государства основывают на принципах суверенитета и территориальной целостности...

Имея в виду вышесказанное, необходимо признать полезность создания межгосударственных союзов, имеющих целью объединение усилий в политической и экономической областях, а также совместную защиту от внешней угрозы и помощь жертвам агрессии...

Уважая мировоззренческий выбор нерелигиозных людей и их право влиять на общественные процессы, Церковь в то же время не может положительно воспринимать такое устройство миропорядка, при котором в центр всего ставится помраченная грехом человеческая личность. Именно поэтому, неизменно сохраняя открытой возможность сотрудничества с людьми нерелигиозных убеждений, Церковь стремится к утверждению христианских ценностей в процессе принятия важнейших общественных решений как на национальном, так и на международном уровне. Она добивается признания легитимности религиозного мировоззрения как основания для общественно значимых деяний (в том числе государственных) и как существенного фактора, которые должны влиять на формирование (изменение) международного права и на деятельность международных организаций»¹⁴¹⁸.

Как видно из данного примера, позиция Русской Православной Церкви относительно международных отношений, с одной стороны, основывается на общепризнанных принципах международного права, с другой – учитывает государственные интересы, защищая при этом религиозное мировоззрение. Религиозные организации на современном этапе активно участвуют

¹⁴¹⁸ Основы социальной концепции Русской Православной Церкви 2000 г. // <http://www.mospat.ru/ru/documents/social-concepts/xvi/>.

в политических процессах, выражая своё мнение по самым злободневным вопросам.

В-пятых, религиозное понимание права на современном этапе начинает проявляться в тех сферах, которые в последние десятилетия отличались исключительно светским характером.

Так, 12.05.2010 г. Федеральная служба исполнения наказаний России заключила соглашение о сотрудничестве с Централизованной мусульманской организацией Совет Муфтиев России, 06.07.2010 г. - с Федерацией еврейских общин России, 30.12.2010 г. - с Буддийской традиционной Сангхой России, 22.02.2011 г. - с Русской Православной Церковью. 18.11.2010 г. подписана Программа основных направлений взаимодействия о сотрудничестве ФСИН России с Российским Союзом Евангельских христиан-баптистов.

Другой пример. В Казани 24 марта 2016 г. было открыто первое в России полностью исламское банковское учреждение (Центр партнёрского банкинга).

Таким образом, сегодня религиозное правопонимание находит своё преломление и в уголовно-исполнительном, и в финансовом праве, которые по крайней мере последние века фомировались как отрасли светского права.

В условиях постсекулярного мира идеальной формой, к которой необходимо стремиться, является отсутствие противоречий при религиозном и юридическом правопонимании, которое достигается при партнёрских отношениях государства и конфессий, когда религиозные организации строят свою деятельность в соответствии со своими канонами, общепризнанными международно-правовыми стандартами и законодательством страны, на территории которой они зарегистрированы, а государственные органы издают нормативно-правовые акты, не противоречащие взглядам человека, имеющего религиозное мировоззрение. Как показывает практика, на внутригосударственном уровне в этом отношении достигнуты несомненные успехи, основные угрозы возникают на международной арене.

Современному человеку трудно существовать в парадигме единственного правопонимания, причём неважно, какого именно, а поэтому нужно искать новые модели сочетания юридического и религиозного правопонимания. Определёнными шагами в этой области является включение в программные документы религиозных организаций тезиса о необходимости участия в решении глобальных проблем человечества, экуменическое движение, создание международно-правовых стандартов по свободе совести. Необходим и межгосударственный, и государственно-конфессиональный, и межконфессиональный диалог, который позволил бы выработать новые принципы сочетания правовых и канонических норм в XXI веке.

**Квалификация некоторых юридических понятий
международного торгового права**

Проблема понимания права рассматривается в юридической науке в широком и узком аспектах. В широком - она исследуется в теории права, где определенность в понимании права трактуется как исходное начало определенности и порядка в общественных отношениях и подчеркивается практическое значение единого понимания права. Вместе с тем отмечается, что объектом правопонимания – правопонимание в узком смысле - могут быть право в планетарном масштабе, право конкретного общества, отрасль, институт права, отдельные правовые нормы¹⁴¹⁹. Очевидно, что этот перечень можно конкретизировать с учетом иных элементов системы права (подотрасль, комплексная отрасль, комплексный институт) или включая в него иные совокупности юридических норм. Таким образом, правопонимание в узком смысле связано с квалификацией понятий, используемых для обозначения той или иной совокупности норм.

Таковыми понятиями, когда речь идет о правом регулировании международной торговли, являются «международное торговое право» и «право международной торговли». Своеобразие права, регулирующего международную торговлю, было отмечено Г.Ф.Шершеневичем еще в конце XIX века, который обратил внимание на разновидности отношений, возникающих в данной сфере, с точки зрения субъектного состава. Во-первых, это отношения между государствами, через которые формируется отношение одного государства к подданным другого государства, во-вторых, отношения между подданными данных государств как частных лиц. Отсюда был сделан вывод о том, что международное торговое право имеет смешанный характер и является отчасти публичным, отчасти - частным¹⁴²⁰.

В первой половине XX века сходную позицию по данному вопросу занимал В.М. Корецкий, который отмечал, что нормами международного права не исчерпывается правовое регулирование всего многообразия международных торговых отношений¹⁴²¹. В регулировании международной торговли В.М. Корецкий наряду с международными договорами придавал большое значение односторонне созданным государством нормам, определяющим формы участия народного хозяйства данного государства в международной торговле, а также внесударственным источникам регулирования. «Все указанные источники, — писал В.М. Корецкий, — служат одной и той же цели — регулированию между-

¹⁴¹⁹ См.: Лазарев В.В. Общая теория права и государства. М., 2000; Алексеев С.С. Теория государства и права. М., 2005.

¹⁴²⁰ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1999 (по изданию 1914 г.). С.31-35.

¹⁴²¹ Корецкий В.М. Избранные труды. Кн. 1. Киев, 1989. С.123.

народных торговых отношений, и поэтому все они должны быть включены в систему международного торгового права»¹⁴²².

Различные точки зрения на международное торговое право, характерные для второй половины XX века, были обобщены В. И. Лисовским, который выделил следующие формулировки, определяющие данное понятие: самостоятельная отрасль права, выделившаяся из международного публичного права; раздел международного частного права; часть международного частного права, включающая в себя нормы внутригосударственного права, относящиеся к регламентации внешней торговли; отрасль внутреннего права каждой страны, участвующей в международной торговле; самостоятельная отрасль внутреннего права государства, взаимодействующая с международным публичным правом¹⁴²³.

Отметим, что только в одном из приведенных определений международное торговое право непосредственно увязывается с международным публичным правом.

В более поздних публикациях международное торговое право как публичное характеризуется уже чаще. Так, Г.М. Вельяминов, рассматривает международное торговое право как новую отрасль современного международного права¹⁴²⁴, делая оговорку: «В той мере, в которой международная торговля относится к сфере межгосударственных отношений, в той же мере ... основы ее правового регулирования лежат в плоскости международного публичного права»¹⁴²⁵.

Вероятно, пытаясь соединить различные представления о международном торговом праве, В.И. Лисовский называет его комплексной отраслью, охватывающей совокупность исторически изменяющихся правил (норм конвенционных и обычных), которые регулируют межгосударственные торговые отношения, а также нормы, устанавливаемые международными договорами и обычаями в целях регулирования отношений, связанных с осуществлением международного торгового оборота¹⁴²⁶.

Еще в одной из научных статей того же периода международное торговое право характеризуется как комплекс гражданских и публично-правовых норм, регулирующих все отношения, связанные с осуществлением международного торгового оборота¹⁴²⁷.

В публикациях текущего тысячелетия определение международного торгового права как международного публичного права приобретает едва ли не ак-

¹⁴²² Там же. С.21.

¹⁴²³ Лисовский В.И. Понятие, содержание и система международного права // Международное торговое право. М., 1979. С.8.

¹⁴²⁴ Вельяминов Г.М. Правовое регулирование международной торговли. М., 1972. С.235.

¹⁴²⁵ Там же. С.15.

¹⁴²⁶ Лисовский В.И. Ук. соч. С.7.

¹⁴²⁷ Менжинский В.П., Шаповалов И.В. Разработка в ООН правовых принципов международного торгового сотрудничества // Правоведение. 1969. № 3. С.109.

сиоматичный характер и включается в учебную литературу¹⁴²⁸. Нормы, регулирующие отношения между сторонами договоров международной купли-продажи, рассматриваются как отдельная совокупность в составе международного частного права. В национальном праве выделяются нормы публичного права, регулирующие внешнеторговую деятельность. Какую же смысловую нагрузку может нести в современных условиях выражение «право международной торговли», которое не только не вышло из употребления, но и достаточно часто встречается в научной и учебной литературе?

В одной из своих последних работ всемирно известный исследователь юридической проблематики в сфере международной торговли К. Шмиттхофф писал о назревшей необходимости в «автономном праве международной торговли, в основе которого должны лежать унифицированные нормы, признаваемые во всех странах»¹⁴²⁹. Спустя десятилетие И.А. Зенин подтверждает, что тенденция к интернационализации и торгового права уже имеет ярко выраженный характер¹⁴³⁰. В докладе Генерального Секретаря ООН по вопросам унификации и согласования права международной торговли на XXI сессии Генеральной Ассамблеи ООН говорится о своде правил, которые регулируют торговые отношения, затрагивающие различные страны и носящие характер частного права¹⁴³¹.

Следует заметить, что высказывание К. Шмиттхоффа о праве международной торговли, относится к дискуссии по поводу идеи возрождения средневекового коммерческого права (*lex mercatoria*). По мнению этого автора, новое *lex mercatoria*, сохранив главное достоинство своего предшественника - международный характер - должно и существенно отличаться от него:

- международный характер нового *lex mercatoria* должен быть согласован с концепцией государственного суверенитета, на которой зиждется современный мировой порядок;

- в отличие от средневекового права, которое складывалось стихийно, беспорядочно, новое *lex mercatoria* должно создаваться в рамках специализированных организаций и воплощаться в международных конвенциях, правовых моделях и документах, публикуемых этими организациями¹⁴³².

¹⁴²⁸ См.: Белов В.А. Международное торговое право и право ВТО. Учебник. М., 2014 С.25; Международное экономическое право: учебное пособие/ Под ред. А.Н. Вылегжанина. М., 2012. С.58; Международное право. Учебник. 3-е изд. / Отв. ред. А.А. Ковалев, С.В. Черниченко. М., 2008. С.439; Кузьмин Э.Л. Международное экономическое право. Уч. пособие. М., 2007. С.97; Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Уч. пособие 2-е изд. М., 2001. С.117 и др.

¹⁴²⁹ Schmitthoff С. М. Commercial law in a changing economic climate. L.,1981. P. 20.

¹⁴³⁰ Зенин И. А. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М, 1992. С.30.

¹⁴³¹ Док. ООН А/6396.

¹⁴³² Schmitthoff С.М. Op. cit. P. 2,20,21.

Сходное, хотя и не полностью совпадающее представление о новой концепции *lex mercatoria* изложено в работах и других отечественных и иностранных авторов¹⁴³³. Так, в частности, в исследовании А.А. Мережко это право определяется как система норм, регулирующих транснациональные торговые отношения, складывающиеся между частными лицами. К источникам *lex mercatoria* он относит международные торговые обычаи и обыкновения, нормы международного публичного права, общие принципы права, типовые модельные законы, решения международных коммерческих арбитражей, типовые проформы и контракты¹⁴³⁴.

При всей широте мнений по поводу природы *lex mercatoria*, что отмечает С.В. Бахин¹⁴³⁵, речь всегда идет о нормах, регулирующих частные отношения. Та-ким образом, совокупность торговых норм международного частного права в одних случаях именуется «правом международной торговли», в других - новым *lex mercatoria*. Кроме того выделяются правила международного коммерческого оборота, объединяемые понятием «субправо»¹⁴³⁶. Наименее определенным из них в смысловом отношении с учетом того, что двум другим были посвящены специальные исследования, остается «право международной торговли».

Сопоставляя термины «международное торговое право» и «право международной торговли», можно предположить, что их появление в русскоязычном научном обороте могло быть результатом разных версий перевода иностранных терминов “international trade law” и “law of international trade”.

Исходя из данного предположения, автор одной из работ, в которой он обращается к вопросу о соотношении понятий, обозначаемых терминами «международное торговое (коммерческое) право» и «право международной торговли (коммерции)», утверждает: «Первое является более широким, поскольку снабжение права эпитетом «торговое» или «коммерческое» имеет чисто условный характер; второе же понятие, очевидно, должно быть более узким, ибо в его терминологическом обозначении четко указывается предмет правового регулирования — международная торговля... Синонимичный характер слов «торговля» и «коммерция» позволяет говорить в дальнейшем как о международном торговом, так и о международном коммерческом праве на оди-

¹⁴³³ См.: Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; Международное частное право: Учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 1993; Мережко А.А. Транснациональное торговое право. Киев, 2002; Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 1999; Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М., 1999.

¹⁴³⁴ Мережко А.А. Указ.соч. С.23,31-32.

¹⁴³⁵ Бахин С.В. Субправо. СПб, 2002. С.99,117.

¹⁴³⁶ Бахин С.В. Субправо. С.140-151; Бахин С.В. Понятие и механизмы международно-правового сближения правовых систем // Российский ежегодник международного права 2001. СПб.: Россия -Нева, 2001. С.85–86.

наковых основаниях. Использование двух терминов осуществляется, главным образом, с чисто филологической целью — дабы избежать тавтологии»¹⁴³⁷.

В основе приведенных суждений, как видно, лежит цивилистический подход к разграничению рассматриваемых понятий. И международное торговое право», и «право международной торговли» представлены как регуляторы коммерции, коммерческих, т.е. частных отношений, из чего следует, что автор рассматривает оба термина как применимые исключительно для обозначения совокупности норм международного частного права. Это подтверждается следующим его высказыванием: «Международное торговое право как отдел международного публичного права по-прежнему известно, главным образом, под именем международного экономического или международного хозяйственного права»¹⁴³⁸.

Представление о международном торговом праве и праве международной торговли как о праве частном со всей очевидностью обусловлено соответствующим восприятием самой торговли. По мнению цитируемого автора, «отношения в сфере международной торговли по своей сути и приемам ныне мало отличаются от отношений в сфере торговли внутренней; соответственно, в большинстве своем они принимают вполне традиционные гражданско-правовые формы, прежде всего — договорные (купли-продажи, комиссии, агентирования, имущественного найма, перевозки и хранения)»¹⁴³⁹.

Исходя из данной характеристики международной торговли и концепций *lex mercatoria*, можно сделать вывод о цивилистическом (узком) подходе к юридическому содержанию международной торговли как одной из научных позиций по данному вопросу.

Другой (широкий) подход, который определенно наметился в современных исследованиях, отличается тем, что международная торговля рассматривается как совокупность публичных и частных правоотношений¹⁴⁴⁰. Соответственно, правовое регулирование международной торговли в целом основывается на широком круге нормативных предписаний как публичного, так и частного права, как имеющих международную, так и национальную природу. Представление о праве, регулирующем международную торговлю, как о нормах различной юридической природы прослеживается и в современных западноевропейских исследованиях, в результате чего в одной из работ был сделан вывод: оно «является частично международным, частично национальным»¹⁴⁴¹. В отече-

¹⁴³⁷ Белов В. А. Ук.соч. С.24-25.

¹⁴³⁸ Белов В.А. Ук. соч. С. 26.

¹⁴³⁹ Там же. С.29.

¹⁴⁴⁰ Мажорина М.В. Право международной торговли и *lex mercatoria* // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С.33; Тюрина Н.Е. Публичные правоотношения в международной торговле // Российский юридический журнал. 2011. № 5/80. С.55-63.

¹⁴⁴¹ Houtte H. *The Law of International Trade*. L., 2002. P.1.

ственной литературе отмечается, что международная торговля способна «объединить публичное и частное начала, что ведет к комплексности правового, а точнее нормативного регулирования»¹⁴⁴².

Предпосылкой для такого рода заключений является характерное для современного периода переплетение частных и публичных начал в правовом регулировании, в результате чего эффективность частных сделок международной куп-ли-продажи существенно зависит от условий, которые формируются публично-правыми предписаниями как национальной, так и международной природы. Данное обстоятельство, на наш взгляд, свидетельствует о целесообразности «широкого» подхода.

Для уточнения и разграничения понятий «международное торговое право» и «право международной торговли» в свете данного подхода будем отталкиваться от уже устоявшейся терминологии и сложившихся понятий.

Прежде всего, обозначим отношения в сфере международной торговли. Это частные отношения, основанные на договорах международной купли-продажи, регулируемые международным частным правом; отношения между государствами, регулируемые международным (публичным) правом, и отношения между государством и хозяйствующими субъектами, как отечественными, так и иностранными, совершающими экспортно-импортные операции, предусмотренные договорами международной купли-продажи и регулируемые национальным правом соответствующего государства.

Высказываемая некоторыми юристами мысль о том, что все международные связи регулируются международным правом (публичным правом)¹⁴⁴³, несмотря на ее привлекательность, не отражает действительного положения дел. Международным правом непосредственно регулируются только отношения между государствами и иными субъектам международного права, в том числе и в сфере международной торговли. Уже широко используемым и наиболее приемлемым для обозначения соответствующей совокупности норм термином является «международное торговое право». Данная лингвистическая конструкция органично вписывается в ряд обозначений отраслей и институтов международного права: международное гуманитарное право, международное космическое право, международное морское право, международное ядерное право и т.п., что тоже немаловажно для суждения о соответствующем понятии. Международное торговое право, таким образом, - это совокупность норм международного публичного права.

В международном частном праве принято говорить об областях, в которых возникают отношения, осложненные иностранным элементом. Однако такой термин, как «международное торговое частное право», благодаря лингвистической

¹⁴⁴² Мажорина М.В. Ук. соч. С.55-63.

¹⁴⁴³ Bradgate R., Savage N. Commercial Law. L., 1991. P. 481.

конструкции, однозначно передающей его смысл, вполне может употребляться без каких-либо разъяснений. Что касается термина «право международной торговли» как синонима «международного торгового частного права», то в отечественной литературе по международному частному праву он не употребляется, и введение его в оборот в данной сфере ничем не оправдано. Более подходящим (лингвистически точным) представляется термин «частное право международной торговли».

По отношению к совокупности национальных норм по вопросам внешнеторговой деятельности, термин «право международной торговли» совершенно неуместен по тем же причинам лингвистического несоответствия.

Таким образом, термин «право международной торговли» не идентифицируется ни с одним из отдельно взятых регуляторов международной торговли. И вопрос о понятии, суть которого он воплощает наиболее адекватно, остается открытым. Для выработки версии ответа на него обратимся к положениям теории юридической терминологии.

В работе В.Е. Чиркина «Конституционная терминология» в качестве одного из главных требований, предъявляемым к терминологическим конструкциям, названо «точное словесное отображение обозначаемых ими реалий»¹⁴⁴⁴. Какие же реалии отображает конструкция «право международной торговли»? По поводу права трудно предположить что-либо иное, кроме того, что речь идет о совокупности норм, регулирующих отношения в сфере международной торговли. Что касается юридического содержания международной торговли, то во всей полноте оно выявляется при определении международной торговли как совокупности отношений, различающихся по характеру субъектов и методу их регулирования. Таким образом, право международной торговли предстает как совокупность всех норм, регулирующих всю совокупность торговых отношений. Однако, поскольку данные нормы группируются по принадлежности к определенной системе права, и каждая группа норм применяется к отношениям определенного уровня, то право международной торговли целесообразно рассматривать как совокупность правовых регуляторов, упорядочивающих международные торговые отношения на соответствующих уровнях.

Следует подчеркнуть, что право международной торговли – это теоретическая конструкция. Давая определение понятию права международной торговли, мы проводим разграничение между этим понятием и терминологически близким ему понятием международного торгового права. Необходимость такого разграничения неоднократно прямо или косвенно отмечалась отечественными учеными. Приведем некоторые из высказываний такого рода.

«Право международной торговли, - пишет Л.П. Ануфриева, - следует отличать от международного торгового права, которое квалифицируется как

¹⁴⁴⁴ Чиркин В.Е. Конституционная терминология. М., 2013. С.9.

подотрасль международного экономического права, входящая в состав международного публичного права, и, таким образом, регулирует отношения межгосударственные либо таковые между субъектами, производными от государств, и иными субъектами международного права. Под правом международной торговли понимают совокупность норм (обычно-правового происхождения, национальных норм законодательства отдельных государств, а также международных договоров), которые действуют в сфере международной торговли в широком смысле (т.е. в области отношений, во-первых, выходящих за рамки собственной национальной юрисдикции, и, во-вторых, относящихся не только к торговым связям, но и вообще к хозяйственному обороту)¹⁴⁴⁵.

В том же духе высказывается А.А. Ковалев, рассматривая международное экономическое сотрудничество «как глобальную многоуровневую систему международного экономического взаимодействия всех субъектов международной системы, направленную на обеспечение устойчивого взаимного экономического развития и получение экономических выгод»¹⁴⁴⁶. Раскрывая этот тезис, он пишет, что международное экономическое сотрудничество включает в себя: публично-правовую деятельность властного характера, осуществляемую субъектами, прежде всего государствами, реализующими свои властные функции, и направленную на создание правовых и организационных основ экономических связей субъектов различной государственной принадлежности, а также частно-правовые формы взаимодействия хозяйствующих субъектов, находящихся на территории различных государств¹⁴⁴⁷. Вполне очевидно, что экономическое сотрудничество в таком понимании должно быть основано на совокупности соответствующих правовых регуляторов.

В.М. Шумилов рассматривает право, регулирующее международные торговые отношения, как сложную комплексную правовую систему, в которой он выделяет частноправовые и публично-правовые компоненты:

- 1) внутреннее право государств, под юрисдикцию которого попадают торговые отношения, в том числе отношения с международным элементом;
- 2) международное право, создаваемое в целях регулирования межгосударственных отношений;
- 3) транснациональное право, т.е. договорные нормы, вырабатываемые самими участниками в тех сферах отношений, которые не регулируются ни внутренним, ни международным правом или находятся в обеих сферах в зоне «общего дозволения»;

¹⁴⁴⁵ Ануфриева Л.П. Международное частное право. Особенная часть. Учебник. М., 2002. С. 217.

¹⁴⁴⁶ Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. Учебное пособие. М.: Научная книга, 2007. С. 12.

¹⁴⁴⁷ Ковалев А.А. Указ. соч. С.12-13; Шумилов В.М. Международное экономическое право в эпоху глобализации. М., 2003. С. 53-56.

4) наднациональное право, т.е. нормы, устанавливаемые, в частности, некоторыми международными организациями в соответствии с переданными им полномочиями и являющиеся обязательными для государств независимо от того, участвовали ли они в их создании и признали ли они их обязательными для себя.

«В принципе, - пишет В.М. Шумилов, - все названные выше блоки норм ... образуют так называемую глобальную правовую систему. Часть этой системы задействована в регулировании международных торговых отношений»¹⁴⁴⁸.

Приведенную точку зрения на право, регулирующее международную торговлю, в той или иной мере разделяют и некоторые из известных представителей западной школы: в Англии – В.Фридман, в США – А.Ловенфельд, во Франции – П.Рейтер, в ФРГ – П.Фишер. Однако у нее есть и оппоненты, утверждающие, что главным недостатком в данном подходе является то, что «в рамках одной отрасли права используются совершенно различные виды правовых регуляторов, свойственных различным отраслям права»¹⁴⁴⁹.

Согласиться с доводом оппонентов, между тем, весьма трудно, поскольку право международной торговли в проводимом исследовании не отождествляется с какой-либо отраслью одной из систем права: международного или национального права. Это нормы разных правовых систем, которые в совокупности новой нормативной системы не образуют.

Отсюда вытекает вопрос, о какого рода совокупности можно вести речь. Сложность данного вопроса обусловлена тем, что каждая из указанных норм имеет определенную системную принадлежность, обусловленную природой этой нормы, и в силу данного факта являющуюся неизменной. В то же время правовые регуляторы в составе права международной торговли находятся во взаимодействии как соответствующие части международного права, международного частного права и внутригосударственного права. Возможно ли, принимая во внимание взаимодействие и единую сферу действия данных правовых регуляторов представить их совокупность в виде структурного элемента права?

Известен ряд теоретических конструкций – комплексов, объединяющих разносистемные нормы. Так, В. М. Корецкий, разрабатывая систему международного хозяйственного права, ставил задачу пересмотреть существующие системы и выбрать из них необходимые нормы по единственному признаку — содержанию регулируемых отношений¹⁴⁵⁰. Как можно заметить, уязвимым местом в этой теории является игнорирование объективной обусловленности си-

¹⁴⁴⁸ Шумилов В.М. Право ВТО и международное право// Московский журнал международного права. 2003. № 2. С.4-5.

¹⁴⁴⁹ Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 1999. С.20.

¹⁴⁵⁰ Корецкий В.М. Указ. соч. С. 120-123.

ственной принадлежности. Известны и другие виды нормативно-правовых комплексов¹⁴⁵¹, однако «право международной торговли» не имеет общих признаков ни с одним из них.

Определение международной торговли через юридическую категорию «правоотношение» указывает на правовые регуляторы, характерные для этой сферы. Для обозначения совокупности данных правовых регуляторов предлагается использовать известный, но не имеющий единообразного понимания термин - «право международной торговли», - который вполне адекватно отражает содержание соответствующего понятия. Дефиниция права международной торговли как совокупность правовых регуляторов позволяет провести разграничение между данным понятием и понятием «международное торговое право».

В теоретическом аспекте «право международной торговли» может представлять интерес как конструкция, приемлемая для исследования правового регулирования в сферах, охватывающих разнородные правоотношения (право окружающей среды, право международных трудовых отношений и др.). В практическом аспекте ее целесообразность оправдана полнотой охвата регламентирующих предписаний, которые составляют правовой контекст международной торговли и дают возможность прогнозировать связанные с ними риски для участников внешнеторговой деятельности; в образовательном аспекте - отвечает задачам комплексной подготовки высококвалифицированных специалистов.

3.Ш. Матчанова

Терроризм как глобальный вызов национальной и международной безопасности: правовые аспекты противодействия

Развитие международного права всегда находилось в тесной взаимосвязи с происходящими в конкретный момент времени международными событиями, с особенностями региональной государственно-правовой проблематики, а также с развитием государства и права на национальном уровне.

Нередко толчок для нового этапа развития международного права давали существующие в определенный исторический период угрозы и вызовы. Представители различных научных направлений в разные времена именно необходимость мобилизации усилий по противодействию угрозам считали движущей силой развития народов, обществ, государств. Даже сам термин «мобилизация» активно используется в различных общественных научных дисциплинах, прежде всего, в социологии, политологии, конфликтологии. Полагаем, что этим тер-

¹⁴⁵¹ См.: Хохлов В.А. Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора. Автореф. дисс. ...докт. юрид. наук, Саратов, 1998. С.27.

мином могут оперировать и международники, занимающиеся исследованием современных угроз. Мобилизация подразумевает готовность к активным действиям, а чаще непосредственно сами действия в определенных целях, динамику. Причем, что важно, любая «мобилизация» представляет собой не просто активность и стремление совершать определенные поступки, предпринимать какие-либо действия, а процесс, позволяющий заинтересованной группе аккумулировать все имеющиеся ресурсы для достижения поставленных целей. Процесс мобилизации предполагает не только выявление имеющихся у группы ресурсов, но и анализ возможных путей их использования, а также способов преумножения этих ресурсов.

Несмотря на все разнообразие современной государственно-правовой проблематики, на данном этапе существует глобальный вызов как национальной, так и международной безопасности, отвечать на который можно только совместными усилиями, аккумулируя все имеющиеся и создавая недостающие ресурсы для противодействия ему. Речь, конечно же, идет о терроризме.

Как известно, в 2000-е годы в сфере противодействия терроризму на международном уровне получила распространение политика так называемых «двойных стандартов», которая, с одной стороны, породила взаимное раздражение и непонимание между вовлеченными в нее государствами, более того, способствовала подрыву межгосударственных отношений, провоцировала международные конфликты и даже была способна влиять на изменение внешне- и внутривнутриполитической ориентации конкретного государства, а, с другой стороны, внушала виновной стороне (организаторам и исполнителям террористических актов) ложное чувство безнаказанности. Сейчас все реже на научно-практическом уровне обсуждается данная проблема. Причины не в забвении этой опасной политики, а, скорее, в том, что различные субъекты привыкли к такому положению дел и принимают его как данность. Разумеется, это обстоятельство не умножает шансы международного сообщества на успешное (а, значит, эффективное) противодействие этому глобальному вызову.

Специалистами многократно и убедительно доказано, что противодействие терроризму должно носить комплексный характер. Система международных антитеррористических мер не может ограничиваться лишь силовой составляющей, она должна включать, прежде всего: выявление лиц и групп террористической направленности, разрушение международных связей террористов, своевременную информацию о готовящихся террористических актах, своевременное пресечение террористических актов. И, наконец, с учетом неопределенности места, времени и конкретных исполнителей террористического акта серьезное внимание должно быть сосредоточено на своевременном выявлении возможных (потенциальных) объектов и целей террористических актов. Только на первый взгляд, непосредственная цель террористов – жертвы конкретного

акта, в большинстве случаев их главная цель – органы власти или население, а точнее – дестабилизация деятельности органов власти и функционирования конкретного общества. Действия террористов могут быть направлены, с одной стороны, на достижение целей, прямо декларируемых террористами, с другой стороны, на достижение более значимых целей, носящих во многом стратегический характер. Мы не зря делаем такой упор на своевременности принимаемых мер, ведь именно этого качества так не хватает деятельности по противодействию терроризму как на международном, так и на национальном уровне.

На международном уровне, также как и на национальном, необходима разработка многоплановой комплексной системы мер, направленных на нейтрализацию тех факторов, которые порождают причины проявления террористического насилия. Кроме того, при разработке комплекса контртеррористических мер основной упор должен быть сделан на меры превентивного характера. В то время как большинство стран мира начинают активно проводить контртеррористические мероприятия уже по факту свершившегося террористического акта.

Еще в середине 2000-х годов С.У. Дикаевым был отмечен принципиально важный момент: «Современный терроризм... органичный составной элемент современной политики и современной войны. Вооруженное насилие, не ограниченное ни географическими рамками, ни какими-либо нормами, дает возможность рассматривать терроризм как новый вид экономически дешевой войны. И это действительно война, только война засад, а не сражений; инфильтрации, а не агрессии; это стремление к победе путем истощения и дезорганизации противника вместо втягивания его в открытую войну, влекущую многочисленные жертвы и экономический урон для обеих воюющих сторон. В ближневосточном регионе – это священная война, консолидирующая всех арабских террористов. Для развитых стран – это война по обеспечению геополитических интересов, позволяющая паразитировать на невзгодах слаборазвитых и малочисленных народов»¹⁴⁵².

Исследуя терроризм как одну из глобальных проблем современности, Я.И. Гилинский совершенно обоснованно рассматривает его как социально-политический феномен и выделяет два основных признака терроризма: 1) применение или угроза применения насилия; 2) его политическая мотивация, отмечая при этом еще один признак терроризма – «неопределенный круг непосредственных объектов террористического акта, применение насилия в отношении неопределенного круга лиц (ни в чем не повинных людей) ради достижения от-

¹⁴⁵² Дикаев С.У. Террор, терроризм и преступления террористического характера (криминологическое и уголовно-правовое исследование). СПб.: Юридический центр «Пресс», 2006. С.181.

даленного объекта – удовлетворения политического (экономического, социального) требования»¹⁴⁵³.

В настоящее время наблюдается изменение методов и тактики совершения терактов, и это тоже необходимо учитывать при разработке антитеррористических мер на всех уровнях – международном, региональном, национальном. Еще недавно была распространена практика применения взрывных устройств, которые скрытно закладывались в заранее определенные места и приводились в действие, как правило, дистанционно. Также широкое распространение имели действия террористов-смертников, несущих взрывчатку на себе. Недавние многочисленные случаи террористических атак в разных странах мира выразились в открытых нападениях террористов на людей в общественных местах с применением огнестрельного и холодного оружия. Кроме того, теперь в большинстве случаев террорист стремится покинуть место теракта, а лишает себя жизни лишь при попытках задержания или угрозе ликвидации.

Юристов-международников, разумеется, интересуют, в первую очередь, правовые аспекты противодействия терроризму, которые и будут рассмотрены далее.

Круг действующих на универсальном уровне международных конвенций антитеррористической направленности весьма обширен.

Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов 1963 г. направлена против актов, которые могут угрожать или угрожают безопасности воздушного судна либо находящихся на его борту лиц или имущества, либо актов, которые создают угрозу поддержанию должного порядка и дисциплины на борту¹⁴⁵⁴.

Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 г. устанавливает, что любое лицо на борту воздушного судна, находящегося в полете, которое незаконно, путем насилия, или угрозы применения насилия, или путем любой другой формы запугивания захватывает это воздушное судно, или осуществляет над ним контроль, либо пытается совершить любое такое действие совершает преступление»¹⁴⁵⁵.

Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 г. дает более расширенный перечень преступных деяний, так, любое лицо совершает преступление, если оно совершает акт насилия в отношении лица, находящегося на борту воздушного судна в по-

¹⁴⁵³ Гишинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. СПб.: Алеф-Пресс, 2014. С.282.

¹⁴⁵⁴ Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов 1963 г. // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIV. М., 1990. С. 218.

¹⁴⁵⁵ Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. Вып. XXVII. М., 1974. С. 292.

лете, если такой акт может угрожать безопасности этого воздушного судна; разрушает воздушное судно, находящееся в эксплуатации, или причиняет этому воздушному судну повреждение, которое выводит его из строя или может угрожать его безопасности в полете; помещает или совершает действия, приводящие к помещению на воздушное судно, находящееся в эксплуатации, каким бы то ни было способом устройство или вещество, которое может разрушить такое воздушное судно или причинить ему повреждение, которое выводит его из строя, причинить ему повреждение, которое может угрожать его безопасности в полете; разрушает или повреждает аэронавигационное оборудование или вмешивается в его эксплуатацию, если любой такой акт может угрожать безопасности воздушных судов в полете; сообщает заведомо ложные сведения, создавая тем самым угрозу безопасности воздушного судна в полете¹⁴⁵⁶.

Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 г. относит к преступлениям убийства, похищения или другого нападения против личности или свободы лица, пользующегося международной защитой; насильственного нападения на официальное помещение, жилое помещение или транспортные средства такого лица, которое может угрожать личности или свободе последнего¹⁴⁵⁷.

Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 г. уже содержит термин «терроризм» (которого еще нет в указанных выше документах) и рассматривает акты захвата заложников как проявление международного терроризма. По смыслу Конвенции, лицо, которое захватывает или удерживает другое лицо и угрожает убить, нанести повреждение или продолжать удерживать другое лицо для того, чтобы заставить третью сторону совершить или воздержаться от совершения любого акта в качестве прямого или косвенного условия для освобождения заложника, совершает преступление захвата заложников¹⁴⁵⁸.

Конвенция о физической защите ядерного материала 1980 г., обозначая различные виды посягательств на ядерный материал, особо отмечает, что они являются правонарушениями, наказуемыми каждым государством-участником в рамках своего национального законодательства¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁶ Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXIX. М., 1975. С. 280.

¹⁴⁵⁷ Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов 1973 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами Вып. XXXIII. М., 1979. С. 90.

¹⁴⁵⁸ Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 г. // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIII. М., 1989. С. 99.

¹⁴⁵⁹ Конвенция о физической защите ядерного материала 1980 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. № 18. Ст. 239.

Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 г.¹⁴⁶⁰ в целом заимствует опыт Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 г. и называет аналогичные виды посягательств, только применительно к безопасности морского судоходства.

Конвенция о маркировке пластических взрывчатых веществ в целях их обнаружения 1991 г. была принята по причине международной обеспокоенности в связи с актами терроризма, направленными на уничтожение воздушных судов и иных объектов. Поскольку для совершения террористических актов использовались пластические взрывчатые вещества, признано, что маркировка таких взрывчатых веществ в целях их обнаружения должна способствовать предупреждению террористических актов.

Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г. устанавливает, что любое лицо совершает преступление, если оно незаконно и преднамеренно доставляет, помещает, приводит в действие или взрывает взрывное или иное смертоносное устройство в пределах мест общественного пользования, государственного или правительственного объекта, объекта системы общественного транспорта или объекта инфраструктуры¹⁴⁶¹.

Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 г. направлена против лиц, которые любыми методами, прямо или косвенно, незаконно и умышленно предоставляют средства или осуществляют их сбор с намерением, чтобы они использовались, или при осознании того, что они будут использованы, полностью или частично, для совершения актов терроризма¹⁴⁶².

Международная конвенция по борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г. стала первым универсальным соглашением, направленным на предотвращение террористических актов массового поражения, которое обеспечивает анти-террористическую защиту как мирного, так и военного атома, Конвенция нацелена на пресечение терактов с использованием самодельных ядерных устройств и предусматривает неотвратимость ответственности лиц, виновных в совершении актов ядерного терроризма¹⁴⁶³.

И это еще неполный перечень международных антитеррористических договоров. Так, например, отдельные конвенции впоследствии дополнялись весьма содержательными протоколами. И, надо отметить, что в рамках Организа-

¹⁴⁶⁰ Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 г. // Собрание законодательства РФ от 26.11.2001 г. № 48. Ст. 4469.

¹⁴⁶¹ Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г. // Собрание законодательства РФ от 27.08.2001 г. № 35. Ст. 3513.

¹⁴⁶² Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 г. // Собрание законодательства РФ от 24.03.2003 г. № 12. Ст. 1059.

¹⁴⁶³ Международная конвенция по борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г. // Собрание законодательства РФ от 18.08.2008 г. № 33. Ст. 3819.

ции Объединенных Наций договорный процесс в рассматриваемой области ведется постоянно.

Что касается международно-правовых основ противодействия терроризму на региональном уровне, то, ввиду их многообразия, остановимся подробнее лишь на двух конвенциях, которые имеют важнейшее значение для нашей страны. Так, на региональном уровне Россией подписаны и ратифицированы две важнейшие антитеррористические конвенции – Европейская конвенция о пресечении терроризма 1977 г.¹⁴⁶⁴ и Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом 2001 г.¹⁴⁶⁵

Согласно ст. 1 Европейской конвенции о пресечении терроризма 1977 г., круг преступлений, определяемых для обеспечения выдачи преступника иностранному государству, достаточно широк и носит частично бланкетный характер. В частности, к ним относятся: 1) преступления, предусмотренные в Конвенции о борьбе с незаконным захватом летательных аппаратов 1970 г.; 2) преступления, предусмотренные в Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации 1971 г.; 3) тяжкие преступления, связанные с посягательствами на жизнь, телесную целостность или свободу людей, имеющих право международной защиты, включая дипломатических представителей; 4) преступления, связанные с захватом заложников или незаконным лишением свободы; 5) преступления, связанные с использованием бомб, гранат, ракет, автоматического огнестрельного оружия, бандеролей или посылок с опасными вложениями, если это подвергает опасности людей; 6) попытка совершения любого из вышеуказанных преступлений или соучастие в преступлении. Ст. 3 данной Конвенции устанавливает правило, согласно которому положения всех договоров и соглашений о выдаче, применяемых между Договаривающимися государствами, включая Европейскую конвенцию о выдаче 1957 г., изменяются в отношениях между государствами-участниками Конвенции в той мере, в какой они ей противоречат.

Учитывая вероятность определенных противоречий в сопоставлении с другими статьями рассматриваемой Конвенции, а также с нормами Европейской конвенции о выдаче преступников и Европейской конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г., Россия при ратификации Евро-

¹⁴⁶⁴ *Примечание.* Европейская конвенция о пресечении терроризма была подписана государствами-членами Совета Европы 27 января 1977 г. в Страсбурге и вступила в силу 4 августа 1978 г. 7 мая 1999 г. эта Конвенция была подписана в Будапеште представителем Российской Федерации, 7 августа 2000 г. был подписан ФЗ «О ратификации Европейской конвенции о пресечении терроризма», который вступил в силу 10 августа 2000 г.

¹⁴⁶⁵ *Примечание.* Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом была подписана государствами-участниками Шанхайской организации сотрудничества 15 июня 2001 г. на саммите в Шанхае. Данная Конвенция ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом № 3 от 10 января 2003 г.

пейской конвенции о пресечении терроризма сделала заявление о том, что Российская Федерация исходит из того, что положения Конвенции должны применяться таким образом, чтобы обеспечить неотвратимость ответственности за совершение преступлений, подпадающих под действие Конвенции, без ущерба для эффективности международного сотрудничества по вопросам выдачи и правовой помощи.

Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом 2001 г. за основу сотрудничества приняла устоявшиеся в мировой практике формы: 1) определение основополагающих понятий, необходимых для чёткой квалификации противоправных деяний; 2) установление основных направлений сотрудничества и органов, ответственных за его осуществление; 3) формирование правовых основ их деятельности. В качестве основных направлений сотрудничества в Конвенции определены следующие: 1) обмен информацией о готовящихся и совершённых преступных деяниях; 2) выполнение запросов о проведении оперативно-розыскных мероприятий, процедура направления которых довольно подробно регламентируется Конвенцией; 3) разработка и принятие согласованных мер по предупреждению, выявлению и пресечению деяний, против которых направлена Конвенция; 4) обмен опытом, а также обмен нормативными правовыми актами и информацией о практике их применения.

Даже общий обзор международно-правовых основ противодействия такому глобальному вызову национальной и международной безопасности, как терроризм, показывает, что международное сообщество, в целом, осознает масштаб угрозы и понимает всю необходимость ответа на этот вызов. Разработка и принятие указанных нами документов стали серьезной вехой в развитии современного международного права и, прежде всего, такой его отрасли, как право международной безопасности.

Но приходится констатировать, что *de jure* результаты совместной работы субъектов международного права по противодействию терроризму выглядят гораздо убедительнее, чем *de facto*. Фактически серьезнейшей проблемой остается реализация международно-правовых норм на практике. А.А. Дорской, при исследовании вопроса о результативности внутригосударственных правовых реформ, было отмечено, что «необходимо позитивное отношение к праву, осознание его необходимости и ценности»¹⁴⁶⁶. Убеждены, что кризис ценности права играет сильнейшую деструктивную роль не только на уровне отдельных государств, но и на международном уровне. Пренебрежение нормами международного права, в частности, права международной безопасности, в сложившихся условиях совершенно недопустимо. Очевидно, что данная проблема

¹⁴⁶⁶ Дорская А.А. Улучшение качества жизни большинства членов общества как критерий результативности правовых реформ // Правозащитник. 2014. № 1. С. 2.

имеет затяжной характер и самым пагубным образом сказывается на современной международной ситуации, и без того многократно усугубленной широкомасштабными последствиями различных вооруженных конфликтов и гуманитарных катаклизмов.

А.В. Алешина, В.А. Косовская

**Институт наследования:
подходы к пониманию правовой природы
в различных правовых системах**

Институт наследования на современном этапе развития нашего общества остается одним из важнейших правовых институтов, основной функцией которого является упорядочивание отношений перехода собственности от умершего к родственникам или иным лицам.

Вопросы наследования были и будут актуальными для граждан любого государства, т.к. смерть, являющаяся необратимым процессом, в тот или иной момент наступает для каждого человека, независимо от вероисповедания, цвета кожи, места жительства, и т.д. Таким образом, каждый из нас в определенный момент жизни становится наследником, получая завещанное или перешедшее к нему по закону имущество, и наследодателем, когда при жизни распоряжается принадлежащим ему имуществом на случай своей смерти¹⁴⁶⁷.

Институт наследования еще с древних времен известен всем государствам, но его понимание в различных правовых системах имеет свои особенности.

Построенные на единых по существу социально-экономических началах, нормы наследственного права не совпадают по своему конкретному и правовому и юридико-техническому содержанию, обладают существенными особенностями в различных правовых системах¹⁴⁶⁸.

Наследственное право России, как и право других континентальных стран Европы (Франции, Германии, Италии, Испании, а также Японии, Бразилии и ряда других государств), своими корнями уходит в римское право, в котором впервые появилась и получила развитие концепция наследования как преемства, означающая, что наследники становятся, в принципе, на место наследодателя в отношении его имущества, то есть как прав, так и обязанностей. Таким

¹⁴⁶⁷ Конькова С.В., Анисимов С.А. Генезис института наследования в странах романо-германской и англосаксонской правовых систем // Вестник Екатеринбургского института. 2015. № 4 (32). С. 107.

¹⁴⁶⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. Т. II. М.: Междунар. отношения, 2008. С.569.

образом, под наследованием следует понимать переход прав и обязанностей умершего лица – наследодателя к другим лицам в соответствии с нормами наследственного права.

Говоря о наследовании, необходимо отметить два важных момента. Так, права и обязанности наследодателя переходят к наследникам в порядке универсального правопреемства, то есть в неизменном виде как единое целое и в один и тот же момент, а также к наследникам переходят все права и обязанности наследодателя, кроме тех, переход которых в порядке наследования не допускается российским гражданским законодательством, либо противоречит самой природе этих прав и обязанностей.

По наследству переходят лишь те права и обязанности, которые наследодателю принадлежали, причем переходят как единое целое, со всеми способами их обеспечения и лежащими на них обременениями. Например, если обязательство обеспечено неустойкой или поручительством, то они сохраняют силу и при переходе прав кредитора по обязательству к наследнику. Если же наследственное имущество заложено, то смена собственника залог имущества не прекращает.

Акт принятия наследства распространяется на все наследство, в чем бы оно ни выразилось и у кого бы ни находилось. Наследник может даже не знать, что именно входит в состав наследства. Принятие наследства под условием или с оговоркой не допускается.

Такое понимание наследования в странах континентальной системы права противостоит наследственной системе, свойственной странам англосаксонской правовой семьи.

В США, Великобритании, Индии, Канаде, Австралии и ряде других стран при наследовании имеет место не преемство в правах и обязанностях, а ликвидация имущества наследодателя, в процессе которой осуществляется сбор причитающихся ему долгов, оплата его долгов, погашение его налоговых и иных обязанностей и т.д. Наследники же имеют право на чистый остаток от наследства. Все это осуществляется в рамках особой процедуры, именуемой «администрированием» и протекающей под контролем суда. Таким образом, здесь наследники не являются преемниками прав и обязанностей наследодателя. Имущество последнего превращается в особую разновидность доверительной собственности (траста) и в этом качестве поступает сначала к судье, от него к назначаемому им специальному лицу (так называемому «администратору») либо к лицу, назначенному наследодателем в завещании (так называемому «исполнителю»), а уже от них, после завершения процедуры и соответствующего решения суда, оставшееся имущество передается наследникам¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁹ См. Алешина А.В., Косовская В.А. Наследственные отношения в Российской Федерации и международном частном праве: учебное пособие / Под общ. ред. О.С. Зыбиной. НОУ СЮА, 2015. 228 с.

Наследственное право стран религиозной правовой семьи подвержено влиянию национальных традиций, моральных устоев, и, соответственно, регулируется в первую очередь религиозными нормами.

Как отмечает О.В. Науменко, отношения по наследованию, которые обычно регулируются нормами гражданского права, в большинстве мусульманских стран не подпадают под действие гражданских кодексов. Это можно объяснить тем, что Коран, являющийся главным священным текстом мусульман, содержащий прямые указания о правилах и принципах раздела наследства, и нормы, тесно связанные с религией отличаются особой стабильностью и неизменностью. Порядок наследования, закрепленный Кораном, продолжает доминировать в большинстве мусульманских стран, даже тех, которые во многих других вопросах предпочли избрать путь, предлагаемый иными правовыми системами¹⁴⁷⁰.

Различное понимание природы наследования отражается в целом и на общих понятиях наследственных правоотношений, таких как основания открытия наследства, время открытия наследства и т.д.

Открытие наследства представляет собой юридический факт, в силу которого возникают наследственные правоотношения. Основаниями открытия наследства в большинстве стран мира являются смерть гражданина или объявление судом гражданина умершим, что влечет за собой те же правовые последствия, что и его смерть.

В европейском праве и праве России, временем открытия наследства является день, когда гражданин фактически умер. В отличие от российского права, в США применяется понятие не «день открытия наследства», а «момент открытия наследства», то есть день, час и минута.

Именно во время открытия наследства определяются: состав наследственного имущества; круг призываемых к наследованию наследников; сроки принятия или отказа от наследства; сроки предъявления претензий кредиторами; момент возникновения у наследников права собственности на наследственное имущество; срок для выдачи свидетельства о праве на наследство и, соответственно, законодательство, которым следует руководствоваться¹⁴⁷¹.

В праве Европы и России, при определении времени открытия наследства не учитывается тот временной разрыв, который может быть между смертями, последовавшими друг за другом, но в один и тот же день. Иными словами, разница во времени, исчисляемая часами и минутами, когда она имела место в пределах одного и того же дня, при определении момента смерти во внимание

¹⁴⁷⁰ Науменко О.В. Наследование в мусульманском праве // Вестник Южно-Уральского университета. Серия: Право. 2010. № 18 (194). С. 95.

¹⁴⁷¹ Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е издание. М.: Бек, 1998. С. 535

не принимается. При таком подходе может быть и так, что лица, которые умерли один в 23 ч. 55 мин., а другой в 00 ч. 05 мин. следующего дня, будут считаться умершими не в один день и будут наследовать после друг друга, а лица, между смертями которых куда больший временной разрыв, - умершими в один день и к наследованию после друг друга не призываются¹⁴⁷².

В соответствии с ч. 2 ст. 1114 Гражданского кодекса Российской Федерации¹⁴⁷³ (далее – ГК РФ), граждане, умершие в один и тот же день, считаются в целях наследственного правопреемства умершими одновременно и не наследуют друг после друга. При этом к наследованию призываются наследники каждого из них. Однако норма ч. 2 ст. 1114 ГК РФ не разрешает всю глубину обозначенной проблемы. Так, в практике зачастую возникает вопрос: как правильно определить день открытия наследства наследника и наследодателя, если наследодатель умер в 1 час 15 мин. 21 июля 2006 года в г. Хабаровске, а наследник умер в 23 часа в г. Москве? К сожалению, разницу во времени, связанную с множеством географических поясов нашей страны, данная статья не учитывает.

Регулирование затронутых вопросов в американском праве представляется более логичным. Во всех штатах, кроме Луизианы и Огайо, существуют два разных подхода к последствиям смерти в близкое время: большинство штатов признали Единообразный закон об одновременной смерти, а меньшинство – нормы о смерти в быстрой последовательности, такие, как правило Единообразного наследственного кодекса (ЕНК) о 120-часовом пережитии.

Коренное отличие норм Единообразного закона об одновременной смерти состоит в совершенно иных условиях его применения – только в случае, если последовательность смертей не доказана. Но, если есть достаточные доказательства того, что один пережил другого хотя бы на какое-то время, то эти нормы не применяются и наследование друг за другом и третьими лицами происходит в обычном порядке, а значит, влечет двойное распределение имущества и двойное налогообложение.

Условия же применения правил ЕНК совершенно иные и схожи с российскими – сама по себе последовательность смертей не важна, если наследник не пережил наследодателя на определенное время. Но в отличие от статьи 1114 ГК РФ, нормы ЕНК вводят в качестве меры расчета не день (сутки), а точный отсчет времени от часа и минуты смерти умершего ранее. Спорный момент лишь в том, что количество этого времени явно избыточно – 120 часов. Исключение одно: если при отсутствии наследника имущество станет выморочным и перейдет к госу-

¹⁴⁷² Грудцына Л.Ю. Наследственное право РФ: учеб. пособие. / Под общ. ред. С.М. Петрова. – Ростов н/Д.: Феникс, 2005. С. 139.

¹⁴⁷³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья от 26.11.2001 г. (в ред. от 15.02.2016 г.) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

дарству, эти нормы применению не подлежат и имущество передается по линии наследника, менее чем на 120 часов пережившего наследодателя¹⁴⁷⁴.

Различные подходы существуют также относительно перехода выморочного имущества к тому или иному государству.

Институт наследования выморочного имущества был задуман в целях предотвращения утраты права собственности на наследственное имущество и признания его бесхозным, что могло повлечь, в свою очередь, повреждение или уничтожение оставшегося после смерти лица имущества¹⁴⁷⁵.

По одной концепции (Англия, Австрия, США, Франция и др.) приобретение такого имущества основано на праве оккупации, т.е. перехода выморочного имущества в собственность государства как бесхозного имущества, вытекающем из территориального верховенства. Приобретение имущества как бесхозного имеет первоначальный, а не производный характер, следовательно, в данном случае государство не несет ответственности за долги и обязательства, обременяющие наследство.

По другой (в России, ФРГ, Испании, Швейцарии, государства Восточной Европы, страны СНГ и Балтии) – государство относится к определенному кругу наследников, равно как родственники, супруг и т.д., в связи с чем при их отсутствии или невозможности наследовать, оно призывается к наследованию. Эта концепция не связана с функцией властвования, а вытекает из свойства государства быть субъектом гражданско-правовых отношений¹⁴⁷⁶. В данном случае имеет место ответственность государства по долгам наследодателя, поскольку приобретение имущества по праву наследования – это производный способ перехода права собственности.

Практическое значение различия между правом наследования и правом «оккупации» состоит в том, что по праву наследования имущество перейдет в собственность государства, гражданином которого был умерший, а по праву «оккупации» - государства, на территории которого это имущество находится.

Выход из подобных ситуаций предусматривается в договорах о правовой помощи, участницей большинства из которых является Российская Федерация. В большинстве своем «судьба» выморочного имущества решается следующим образом: бесхозное движимое имущество переходит в собственность государства, гражданином которого был наследодатель, а недвижимое – в собственность государства, на территории которого оно находится¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁴ Паничкин В.Б., Боровик О.Ю. Наследственное право США. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С.175-176.

¹⁴⁷⁵ Лиманский Г.С. Наследование по закону: вопросы теории и практики: Монография. / Под науч. ред. В.А. Рыбакова. Самара: Самар. гуманит. акад., 2003. С.43-44.

¹⁴⁷⁶ Сивоконь А.Я. Коллизионные вопросы наследования в международном частном праве. Автореферат дисс. ... канд. юрид.наук. Киев, 1977. С.13.

¹⁴⁷⁷ Федосеева Г.Ю. Международное частное право. Учебник 3-е издание, перераб. и доп. М.: ООО «Профобразование», 2002. С.253-254.

Поскольку недвижимость в любом случае становится собственностью того государства, на чьей территории она находится, государство не может выступать полноценным наследником в отношении наследственного имущества, а именно недвижимого имущества, находящегося за границей в отличие от наследников – физических лиц.

Таким образом, правовая природа наследования в рассматриваемых нами системах права, имеет существенные отличия, вызванные, прежде всего, историческими условиями формирования правовых норм о наследовании, обусловленными традициями, национальными условиями, моральными и нравственными установками.

К. Иванов

**Реинтеграционные и интеграционные процессы и их влияние
на правосознание, правовую культуру и правопорядок
в Литовской Республике**

Страны Балтии прошли большой путь в становлении правовой системы за последние 25 лет. Каждая из трех стран имеет свой опыт и отличие. Анализ опыта Литвы, Латвии и Эстонии важен и для других стран бывшего Советского Союза, которые не так быстро прошли путь реинтеграции из СССР и интеграции в ЕС. Для Литвы ориентиром развития, в том числе и в правовых вопросах стала Германия и Швеция. Учитывая специфику и исторический опыт, Литве пришлось соединить достижения романо-германского права, скандинавского права, действующих норм Литовской ССР и права Европейского Союза. В начале становления правовой системы, несомненно, предпочтение отдавалось нормам шведского права. Так, с ориентацией на скандинавское право в Литве в 1990 г. принят закон о малых предприятиях, в 1992 г. - постановление правительства об увеличении уставного капитала государственных акционерных предприятий за счет собственных ресурсов, в 1994 г. - законы об акционерных обществах, о государственных предприятиях и предприятиях самоуправления и др.¹⁴⁷⁸ Процесс восстановления независимости повлиял на становление правовой системы в вопросах правосознания, правопорядка и правовой культуры. В начале 90-ых годов Литовская Республика испытала смену принципов правления и переоценку ценностей. При таком достаточно коренном изменении, Литве важно было позаботиться о формировании правовой культуры литовского общества как одной из основ правовой системы государства.

¹⁴⁷⁸ Теория государства и права. Скакун О.Ф. Харьков: Консум, 2001. С. 32.

Принимая во внимание классификацию правовой культуры на правовую культуру общества, правовую культуру личности и правовую культуру профессиональной группы, автор считает важным в данной работе проанализировать именно правовую культуру общества.

Современные юристы относят правовую культуру Литвы, а также других стран Балтии к сложным по своей сути¹⁴⁷⁹. Правовая культура современного литовского общества базируется на четырех составляющих: наследие Советской Литвы, элементы правовой культуры межвоенных лет, влияние опыта зарубежных стран, и, наконец, национальная законотворческая практика Литовской Республики. Все это в целом делает современную правовую культуру литовского общества крайне интересной для рассмотрения.

Что касается советской правовой культуры, то отрицать ее влияние на современную правовую культуру Литвы невозможно. В правовой культуре Литовской ССР помимо идеологии, важным были такие явления как коллективизм, решение дел общим собранием. И в современной Литве очевидны эти явления. Ведь до сих пор важным остаются ценности коллектива, группы, а интересы личности пока не полностью реализуются. Но за такой короткий период истории становления правовой культуры качественного рывка сделать невозможно, несмотря на это видны тенденции к реализации принципов индивидуализма в правах человека и многом другом.

Несомненно, вернувшись к истокам государственности Литвы межвоенных лет, можно найти много того, что было вместе с институциональными и законодательными аспектами реанимировано в процессе восстановления государства. Прежде всего, это система государственных органов. Историческая память тех межвоенных лет идеализирует органы как прекрасно функционирующими. Правовая система межвоенной Литвы и приверженность к ней в 90-ых годах важная составляющая современного социума Литвы. Стоит отметить, что вернув государственные органы и очертание правовой системы, в Литве не старались зачеркнуть особенности правовой культуры советского периода.

Восстановив независимость, Литве необходимо было следовать примерам других стран с развитой правовой культурой. Помимо уважения норм международного права, Литва искала эффективно функционирующие примеры правовых систем. Очевидными такими примерами послужили Германия и страны Скандинавии. Для ознакомления литовских юристов стали переводиться труды немецких юристов. С присоединением к Болонской системе возможным стало стажироваться в Германии. Стало быть, зарубежный опыт, иностранный успех тоже оказал должное влияние на правовую культуру Литвы. Литовское обще-

¹⁴⁷⁹ Järvelaid P. Estonian Legal Culture on the Threshold to the 21st Century // 29 Int'l J. Legal Info. 75 (2001). P.75.

ство увидело уважение и соблюдение законов, совершенствующуюся судебную систему и прочее в зарубежных странах.

После восстановления независимости роль католической церкви в общественной жизни Литвы возросла. Являясь по численности в основном католической страной, Литва старалась построить светское государство, но, несмотря на это, религиозная составляющая заняла в нем важное положение. Безусловно, в наши дни религия не является таким мощным регулятором общественной жизни, однако и по сей день религиозное сознание играет определенную роль при выборе вариантов общественно значимого поведения, как отдельными лицами, так и различными группами людей¹⁴⁸⁰.

Что касается католической церкви, то она предопределила отношение литовского социума к таким общественным явлениям как аборт, эвтаназия и прочее. В современном мире идет множество споров о разрешении эвтаназии, но католическая церковь такое не поддерживает. В литовском обществе отсутствуют предпосылки для возможного рассмотрения и принятия решения о разрешении эвтаназии. На наш взгляд, это очевидное влияние католицизма в Литве. Такое же отношение литовское общество имеет и к аборту.

В целом, влияние религии на литовскую правовую культуру положительно, так как она сближает жителей страны, уважение постулатов католической церкви идет от семьи и тем самым снижает социальное напряжение, уменьшает совершение потенциального правонарушения или преступления. При этом современное литовское общество терпимо к представителям других конфессий, которые на протяжении долгих лет проживают в Литве.

С точки зрения правоприменения, в Литве с начала 90-ых годов были созданы все предпосылки для развития правовой культуры. Достаточно несложная институциональная система, как государственных органов, так и судебной системы. Профессия юриста в Литве стала востребованной, но не столь с точки зрения престижа или высокой оплаты труда, а скорей, с точки зрения правового знания как такого. Рост и важность международного права, выделение новых отраслей права побудили готовить больше юристов.

Что касается системы законодательства, то и этот аспект тоже помог становлению правовой культуры литовского общества. Литовскому законодателю, достаточно медленно модернизирующему систему гражданского права в Литве, удалось создать четкую систему законодательства частного права. В Гражданский кодекс была включена книга под названием Семейное право¹⁴⁸¹. И для

¹⁴⁸⁰ Жилинская В. С. Представления римско-католической церкви о государстве и праве / Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 26 с.

¹⁴⁸¹ Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864 Žin., 2000, Nr. 74-2262.

непрофессионала, который обратиться к нормам гражданского права, будет достаточно легко найти ответ.

Важнейшим элементом правовой культуры является правосознание. Структуру правосознания традиционно подразделяют на правовую психологию и правовую идеологию. И тот и другой уровни правосознания Литвы 90-х гг. характеризуются ориентацией на либеральные ценности. В то же время в правовой идеологии можно обнаружить достаточно сильное влияние консервативных идей и ценностей, а также социал-демократических. Относительно же правовой психологии можно констатировать также рост либеральных стереотипов и установок правового поведения, что выражается в уважении к личности, закону, ценностям правового государства. В то же время в обыденном правосознании Литвы того периода четко прослеживалась его фрагментаризация, связанная с переходным периодом истории Литвы, неустойчивостью социальной структуры.

В процессе становления правовой системы Литовской Республики важным является рассмотреть правопорядок как составляющую этой системы. Целесообразно было бы рассмотреть в данном контексте правопорядок с точки зрения определенности, системности, организованности и государственной гарантированности.

Правопорядок в Литовской Республике после восстановления независимости основывается на формально-определенных юридических предписаниях.

Что касается системности, то к правопорядку Литвы, безусловно, относится единое понимание основных правовых понятий, функционирующей экономической системе.

Общие принципы права считаются неотъемлемой частью правовой системы Литвы и используются в качестве основы как для интерпретации нормативных правовых актов и для заполнения пробелов в законодательстве. Кроме того, в соответствии с Конституцией Литовской Республики, общепризнанные принципы международного права также являются частью правовой системы Литвы и литовских судов. Из этого следует, что литовские суды обязаны применять и соблюдать эти принципы¹⁴⁸².

Также для функционирования отдельных отраслей права важно указать, что в самих актах Литвы указано на прямое действия международного права. К примеру, в Гражданском Кодексе Литовской Республики говорится, что конвенции, пакты и другие формы международного права являются прямым источником права¹⁴⁸³. Конвенция может применяться, когда законом или договором прямо указывается, что она должна применяться.

¹⁴⁸² Lietuvos Respublikos teismų įstatymas Žin., 1994, Nr. 46-851.

¹⁴⁸³ Lietuvos Respublikos Civilinis Kodeksas 2000 m. liepos 18 d. Nr. VIII-1864 Žin., 2000, Nr. 74-2262.

Более того, восстановив независимость, Литва согласно теории континуитета восстановила и систему частного права довоенных лет¹⁴⁸⁴. Благодаря продуманному соотношению гражданского права межвоенных лет, наследия советского периода и новых реформ Литве удалось создать четкую систему частного права, что в свою очередь, хорошо сказалось и на правопорядке.

Судебные прецеденты в правовой системе Литовской Республики в основном используются для консультативных целей и не играют особой роли в правопорядке.

Что касается институциональной основы правопорядка, то здесь необходимо уточнить, что только Сейм Литовской Республики является единственным учреждением с полномочиями принимать законы. Все другие правовые акты, принятые органами государственной власти, должны соответствовать Конституции Литвы и другим законам. Правовая система Литовской Республики точно указывает, какие нормативные акты могут быть приняты иными органами. К Сейму относятся резолюции, правительство – в виде постановления и резолюции, региональные руководящие должностные лица в виде приказов, а местные органы власти в виде решения и распоряжения.

Конституция Литовской Республики предусматривает, что только законы, которые были опубликованы, действительны. Законы и иные правовые акты должны быть официально обнародованы в публикации *Valstybės Žinios*.¹⁴⁸⁵

К счастью, Литовская Республика не пошла по пути становления правовой системы, опираясь на институциональный оптимизм. Суть этой популярной идеи среди стран бывшего Советского Союза сводится к тому, что правопорядок может быть создан или укреплен главным образом путем создания нескольких учреждений и правовых инструментов, таких как судебные органы, которые надлежащим образом подготовлены, оснащены и укомплектованы¹⁴⁸⁶. За достаточно короткий период – всего 20 лет, безусловно, в Литве видны очевидные достижения в сфере правовой культуры и правопорядка. Изменилась сама правовая система и литовское общество. Кардинально реформировались основные институты политической системы. В Литве была реформирована экономика. Вновь появились рыночные отношения. Несомненно, поменялась и правовая культура. Отрадно, что все эти изменения не были стихийными. В Литовской Республике удалось установить единые политические и правовые принципы, которые были обеспечены правопорядком на всей территории государства. Все противоправные деяния пресекаются государственным принуждением. Несомненно, достаточно медленно модернизируя правовую сферу в Лит-

¹⁴⁸⁴ Mikelenas V. The influence of instruments of harmonization of private law upon the reform of civil law in Lithuania // *Juridica International*. XIV/ 2008. P. 144.

¹⁴⁸⁵ Lietuvos Respublikos Konstitucija – Žin., 1992, Nr. 33-1014.

¹⁴⁸⁶ Otto J.M. *Reële rechtszekerheid in ontwikkelingslanden*, Leiden, 2000, at 4.

ве, полностью реализовать эти принципы пока не удалось. Правовая культура Литвы базируется на основах культуры прошлых лет. Моментальный перевод и копирование новых правовых ценностей Европы не является единственным верным способом.

Важной характеристикой правопорядка является его структура, которая определяется сферами правоотношений. В этой связи можно отметить быстрый рост частных правоотношений в рассматриваемый период. Среди них особо можно выделить гражданские и предпринимательские правоотношения. Значительно активизировались по сравнению с советским периодом истории Литвы и муниципальные правоотношения. Качественно изменились государственно-правовые (или конституционные) правоотношения, связанные, прежде всего, с регулярно проводимыми выборами в органы государственной власти и местного самоуправления.

Правопорядок имеет также и «негативное» измерение, складывающийся в уголовно-правовой сфере и измеряется показателями преступности. Уровень преступности в рассматриваемый период по сравнению с советским несколько уменьшился, но и за годы независимости уровень преступности не увеличивается и не уменьшается. Согласно данным Департамента Статистики при Правительстве Литовской Республики количество зарегистрированных преступлений в 1995 году составило 78 149, в 1999 – 77 108, в 2000 – 82 370.¹⁴⁸⁷ Структура преступности также несколько изменилась: возросло количество имущественных преступлений, в частности краж, но количество убийств, грабежей значительно уменьшилось. Мы можем предположить, что данная тенденция связана с развитием рыночных отношений после восстановления независимости.

Важным этапом для становления правовой культуры и правопорядка в Литве, несомненно, стала интеграция в Европейский Союз.

Является дискуссионным вопрос единой европейской правовой культуры, а стало быть, ее влияние на литовскую правовую культуру после расширения Европейского союза в 2004 году. Тем самым как показывают многочисленные научные исследования, правовая культура и само европейское право со времен Средневековья и до наших дней оказывает реальное влияние на развитие европейской интеграции¹⁴⁸⁸. В тоже время ряд исследователей вовсе отрицает существование единой европейской правовой культуры и тем самым даже минимальное влияние на национальную правовую культуру. Более того выдвигаются идеи о наличии плюрализма в правовой культуре Европейского Союза¹⁴⁸⁹. Тем самым с теоретической точки зрения во-

¹⁴⁸⁷ Lietuvos Respublikos Statistikos Departamento interneto svetainė – www.stat.gov.lt. Данные по состоянию на 2011 год.

¹⁴⁸⁸ Wieacker F. Foundation of European Legal culture // The American Journal of comparative law. 1992. Vol. 38. P. 12.

¹⁴⁸⁹ Jesser V., Hofland A., Varga C. European Legal Cultures. Sydney, 1996. P. 494.

прос о существовании правовой культуры ЕС или о ее формировании является спорным. В данном контексте все же является важным проанализировать очевидные влияния интеграции в Европейский Союз на правовую культуру Литовской Республики. В след за изменением и реформированием правовой системы Литвы в целом, несомненно, ощутимые преобразования видны и в правовой культуры Литвы после 2004 года. Более того, в период 2004-2009 в Европейском Союзе политико-правовой кризис в связи с отказом принятия единой Конституции Европы и вступление в силу Лиссабонского Договора породили серьезные и достаточно быстрые изменения для такого комплексного понятия как правовая культура. Внутри Европейского Союза 27 государств с различной историей права и тем самым и правовой культуры. В предыдущей главе было указано на сложность структуры правовой культуры Литовской Республики после восстановления независимости. Тем самым к уже существовавшей развивающейся правовой культуре добавился новый виток изменений в рамках ЕС.

Что же поменялось? В текстах первичного и вторичного права Европейского Союза сразу бросается в глаза обилие юридических терминов на латинском языке. Для профессионального юриста, в целом, это не представляет проблем, т.к. в программе юриспруденции латинский язык является обязательным в Литве, но для просто гражданина страны понимание, а стало быть, исполнение актов стало более сложным. Если в процессе перехода от советского права к литовскому, латинская терминология присутствовала по традиции при необходимости лишь в источниках международного права, то на данном этапе она уже приблизилась для каждого жителя Литвы. Скачок в использовании латинского языка как следствием вхождения стран Балтии в Европейский Союз.¹⁴⁹⁰ Получается, что правопонимание для литовского общества стало более трудным и не всегда конкретным в связи с возможной интерпретации латинских терминов.

Следующим немаловажным фактом, который повлиял на правовую культуру Литвы, стал принцип прямого действия права Европейского Союза. Данный принцип в праве ЕС называется *effect utile*. Тем самым получается, что литовский гражданин должен опираться в своей деятельности не только национальное право Литвы, а на еще чуждое первичное и вторичное право Европейского Союза, которое представляет собой не единый акт, а достаточно разрозненную систему законодательства с постоянным обновлением. В литовском обществе появилось ощущение важности уже, в первую очередь, европейского права. Такая ситуация тоже не совсем положительно повлияло на правовую культуру, разделив общество на более прогрессивное с высоким уровнем пра-

¹⁴⁹⁰ Ristikivi M. Terminology turn as a turn of Legal culture // *Juridica International*XV/2008. P. 182.

восознания и на другую часть общества для которой нормы права Европейского Союза являются, если не чуждыми, то как минимум непонятными.

Из этого вытекают следующие проблемы. Придается значение праву Европейского Союза в сравнении с международным правом. Роль международного права для разрешения вопросов внутри ЕС, а часто и за пределами постепенно утрачивается, что делает современную правовую культуру замкнутой в целом на европейские ценности и нормы. Для доктрины Европейского права, как и для теоретиков международного права, остается нерешенным вопрос соотношения права Европейского Союза и международного права. Стало быть, отсутствие единого мнения порождает множество проблем в правовой культуре нового члена Европейского Союза. Действия нескольких систем на территории Литвы заставляет путаться граждан государства. От этого правовая культура в Литве не может качественно изменяться.

У Литовской Республики достаточно богатая история становления правовой культуры, как определенной системы ценностей и отношений, связанных с восприятием и соблюдением законности. На территории Литвы находится один из старейших юридических факультетов на территории бывшего Советского Союза – Юридический факультет Вильнюсского Университета. История правового образования длительная и фундаментальная в этой балтийской республике, что отчасти повлияло на развитие толерантности и уважения к праву, его соблюдению. Литовскому закону не присуще цели отягощения наказания и тем самым преследования цели уменьшения совершения правонарушений и преступлений. Правовая культура Литвы имеет особые черты, которые ей придали уважение к закону, католическая церковь, роль семьи, богатая история права. Желание Литвы быть вновь независимым государством с очевидными европейскими стандартами и ценностями призвало граждан государства соблюдать законы.

Общая тенденция изменения общественного правосознания как важнейшего элемента правовой культуры в 2000-х гг. – движение в сторону либеральных ценностей. Несмотря на противоречивость и сложность социальных изменений, в это десятилетие произошло завершение формирования рыночной экономической системы и достаточно развитого гражданского общества. В связи с этим именно идеи либерализма начинают интегрировать ранее фрагментарные правовые установки литовского общества. Уважение к закону, правам человека, разделению властей и другим ценностям правового государства стали неотъемлемой чертой современной правой культуры Литвы.

В процессе становления правовой системы Литовской Республики как члена Европейского Союза важным является рассмотреть правопорядок как составляющую этой системы. Целесообразно было бы рассмотреть в данном контексте правопорядок с точки зрения определенности, системности, организованности и государственной гарантированности. Несомненно, членство в ЕС

повлияло не только на правовую культуру Литвы, но и на правопорядок в этом балтийском государстве.

Прежде всего, что касается системы правопорядка, то здесь сразу видны значительные изменения. Если в период от восстановления независимости до вхождения в Европейский Союз вся власть в сфере установления правопорядка была в исключительной компетенции Сейма Литовской Республики, то теперь главным органом является Суд справедливости ЕС. Именно суд справедливости Европейского Союза имеет исключительное право определять размеры и применения правопорядка¹⁴⁹¹. Такого в истории становления правовой системы Литвы еще прежде не было. Более того, указанный суд соединяет черты международного, конституционного и административного суда¹⁴⁹². Это по сути для правовой системы государства означает, что юрисдикцию суда попадают дела не только касающиеся споров между государствами внутри членом ЕС, но и дела в сфере конституционного и административного права как на уровне ЕС, так и на уровне государства.

Помимо этого благодаря анализу практики Суда справедливости Европейского Союза, можно сделать вывод, что на всем европейском пространстве он становится единственным органом, который занимается толкованием общего для стран членом ЕС права Европейского Союза. Также как выделяют некоторые ученые суд справедливости Европейского Союза является гарантом верховенства европейского права над национальным¹⁴⁹³. В его полномочия входит также в сфере правопорядка – проверять было ли в стране членом ЕС нарушение или не исполнение права Европейского Союза, также в взаимосвязи с национальными судами, суд справедливости дает консультации по вопросам применения европейского права. Стало быть, данный судебный орган внес колоссальные изменения не только в судебную сферу Литовской Республики как государства члена ЕС, но и в вопросы правопорядка в этой республике.

Важным является проблема действия международного договора в Литве после вхождения в Европейский Союз. В разграничении правопорядка государств претендентов и государств членом статус международного договора зависит от принципа применения международного договора в этой сфере. Что касается Литвы, то она признает монистическую теорию. Но несмотря на монистическую природу конституционной системы Литвы, и важность соглашения, литовские суды никогда прямо не применяли акты Европейского Союза, в том числе акт о членстве в Европейском Союзе¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹¹ Hoffmeister F. International agreements in the legal orders of the candidates countries. A. Ott/K. Inglis (Hrsg.), Handbook on European Enlargement, Den Haag 2002. P.209-220.

¹⁴⁹² De Burca G. and Weiller J. The European Court of Justice. Oxford, 2001. P 79.

¹⁴⁹³ Rideau J. Droit International de l'Union et des Communautés Europeennes, Paris, 1996. P 137.

¹⁴⁹⁴ From Soviet republics to EU member states: a legal and political assessment of the Baltic states' accession to the EU (by Peter Van Elsuwege) 2008, The Netherlands. P 528.

С вхождением Литовской Республики в Европейский Союз закрепился процесс сближения правовых методов и инструментов, нормы и стандарты в вопросах правопорядка. Интеграция в ЕС как один из видов глобализации демонстрирует нам внедрение новой системы правопонимания и правопорядка. Национальные органы, как законодательные, так и судебные теряют свою важность перед наднациональными органами Европейского Союза. Даже в самом Европейском Союзе юристы теоретики сходятся к мысли о том, что евроинтеграция приводит постепенно к отходу от понимания права в тех юридических моделях в каких было принято в национальных правовых системах¹⁴⁹⁵.

Как было указано ранее, правопорядок имеет также и «негативное» измерение в показателях преступности. Здесь также заметные очевидные изменения в сравнении с периодом, когда Литовская Республика не была членом ЕС. Уровень преступности постепенно уменьшается. Продолжается уменьшение убийств и краж в Литве. По данным Департамента Статистики Литовской Республики в 2004 году общее количество зарегистрированных преступлений было 82 074, в 2007 году – 67990, в 2009 году 76291¹⁴⁹⁶. Проанализировав статистику, можно предположить, что новый правопорядок в Литве после 2004 года положительно повлиял на уменьшение преступности, но экономический кризис 2008 года немного увеличил показатели преступности в Литовской Республике. Более того, как отмечает Департамент Статистики, уровень преступности в Литве в сравнении со странами Запада в два-три раза ниже.

Алиев Заур Гумбат оглы

Основные особенности защиты прав женщин в контексте международного и национального права

Начиная с XVIII века, борьба за права женщин способствовало кардинальным изменениям в общественном мнении, привело к эволюции прав женщин на национальном и международном уровне.

Со временем, права женщин нашли свое отражение в законодательных актах различных стран. Этот процесс, усилившись в XX веке, привел к актуализации проблем женщин и признания прав женщин на международном уровне.

Еще в 1945 году, в преамбуле Устава ООН подписанным в Сан-Франциско, равенство мужчин и женщин нашло своё отражение как общечеловеческая ценность. Именно, по инициативе ООН, с целью эффективной защиты

¹⁴⁹⁵ Grossi P. Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto) // Quaderni Fiorentini per la storia de pensiero giuridico. 2000. № 29. P.6.

¹⁴⁹⁶ Lietuvos Respublikos Statistikos Departamento interneto svetainė – www.stat.gov.lt . Данные по состоянию на 2011 год.

прав женщин, было подготовлено ряд эффективных программ и стратегий, проведено ряд различных международных саммитов и конференций, были разработаны международные документы.

Утверждение того, что права женщин являются неотъемлемой частью прав человека, было определено во Всеобщей декларации прав человека, принятой на Генеральной Ассамблее ООН 10 декабря 1948 года. Во 2-ой статье отмечается что, каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией, без какого бы то ни было различия, в том числе полового различия. Равноправие женщин и мужчин нашли своё отражение и в таких значимых международных актах как Международный Пакт о гражданских и политических правах и Международный Пакт об Экономических, социальных и культурных правах. Утверждение того, что права женщин являются неотъемлемой частью прав человека, было вновь закреплено в Венской декларации и Программе действий, принятых на Венской конференции в 1993 году.

На уровне ООН были приняты некоторые международные конвенции, посвященные правовому положению женщин, к примеру, можно отметить Конвенцию о политических правах женщин от 1952 г., Конвенцию о национальной принадлежности замужних женщин от 1957 г., в том числе Конвенцию о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков от 1962 г.

Однако, несмотря на принятие ряда международных документов, не было достигнуто искоренения дискриминации в отношении женщин. Исходя непосредственно из этой необходимости, Генеральная Ассамблея ООН 18 декабря 1979 года приняла важный в этой области документ Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

Значение Конвенции заключается в том чтобы, параллельно с учетом неравноправия мужчин и женщин во всех сферах, разрабатывалась программа действий стран обеспечивающих применение прав женщин.

Одним из преимуществ Конвенции является создание механизма контроля в соответствии со статьей 17 Конвенции. Согласно этой статье в целях контроля за осуществлением Конвенции, был создан Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин (CEDAW).

Начиная со второй половины прошлого века, со стороны ООН были проведены различные международные мероприятия, посвященные женщинам.

Впервые в Мехико в 1975 году состоялась первая Всемирная Конференция и 1975 год был объявлен годом женщины. Позже, в рамках ООН под девизом «Равенство, развитие и мир» посвященный проблемам прав женщин, было объявлено «Десятилетие женщин» охватывающий 1976-85 годы. В последующие годы, точнее в 1980 году в Копенгагене, в 1985 году в Найроби были проведены II и III Всемирные конференции по положению женщин.

Наконец, 4-15 сентября 1995 года в Пекине состоялась IV Всемирная конференция по положению женщин. На конференции было в очередной раз заявлено, что соблюдение прав женщин требует расширения возможностей женщин, в том числе равное участие во всех сферах общественной жизни, включая процесс доступа женщин к принятию решений.

На конференции, где в очередной раз было заявлено об общечеловеческих идеях равенства женщин и мужчин как правового и человеческого достоинства, с целью расширения и улучшения возможностей женщин были приняты Пекинская Декларация и Платформа Действий.

В сентябре 2000 года в Нью-Йорке на Саммите Тысячелетия ООН была принята Декларация, отражающая Цели Развития Тысячелетия (ЦРТ). Декларация определила 8 глобальных целей, из которых два были посвящены женщинам. Одной из целей является обеспечение гендерного равенства и полномочия женщин, а другой является улучшение здоровья матери.

Эти цели были включены в формирование государственной политики многих стран и это положительно повлияло на жизненный уровень сотен миллионов людей в мире. Что касается положению относительно гендерного равенства, можно отметить, что в системе начального образования был достигнут баланс между девочками и мальчиками. Уровень образования женщин в Азербайджане очень высок (99,5%).

Несмотря на то, что до конца осуществления ЦРТ оставалось очень мало времени, не удалось завершить полного достижения некоторых целей. Еще в апреле 2013 года ООН обратилась к международному сообществу активизировать (усилить) свою деятельность в некоторых областях, в том числе в области расширения полномочий женщин и девочек к 2015 году.

Глобальная инициатива, охватывающая период с 2015 стала важной темой Конференции по устойчивому развитию Рио + 20, состоявшейся в 2012 году в Рио-де-Жанейро.

На конференции было принято решение начала процесса создания Целей Устойчивого Развития, построенного на успехах ЦРТ и определяющих рамки развития периода после 2015 года. Государства-члены вновь рассмотрели обязательства связанные с устойчивым будущим и утвердили новый документ «Будущее, которое мы хотим».

На региональном уровне было сделано много работ в области гендерного равенства и искоренения дискриминации в отношении женщин, а также борьбы с насилием в отношении женщин. Совет Европы не раз выступал с различной инициативой по вопросам насилия в отношении женщин, насилия в семье, гендерного равенства.

Начиная с 90-х годов прошлого века, в частности в области борьбы с насилием в отношении женщин и насилия в семье, Совет Европы выступал с

рядом инициатив. В конечном итоге, результатом этих инициатив стало то, что в 2002 году Комитет Министров принял рекомендацию Совета Европы для государств-членов по защите женщин от насилия в семье и в 2006-2008 годах по всей Европе прошла кампания по борьбе против насилия женщин, в том числе бытового насилия. Парламентская Ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) также продемонстрировала жесткую политическую позицию против всех форм насилия в отношении женщин. Со стороны ПАСЕ были приняты многочисленные резолюции и рекомендации, отражающие необходимость разработки юридически обязывающих стандартов против насилия на гендерной основе.

Появилась необходимость для принятия правового документа, подразумевавшего защиту жертв насилия в отношении женщин на едином уровне во всех частях Европы. И поэтому, министры юстиции государств-членов Совета Европы, стали обсуждать важность принятия такого рода документа. В декабре 2008 года Комитет министров создал группу экспертов для подготовки проекта конвенции в этой области.

В декабре 2010 года Советом Европы был подготовлен проект конвенции «О предупреждении и пресечении насилия в отношении женщин и бытового насилия» и была принята в 2011 году 7 апреля, в Стамбуле. Этот важный документ, называемый также Стамбульской конвенцией в апреле 2014 года после того, как ратифицировался достаточным количеством стран, вступил в силу 1 августа того же года.

Эта конвенция является документом, который имеет особое значение. Прежде всего, следует отметить что, независимо от того, что данный документ, подготовлен Советом Европы, который является региональной организацией, открыт для присоединения любой страны, не являющейся членом данной организации. Еще один важный момент заключается в том, что Стамбульская конвенция является первым юридически обязательным документом по предотвращению насилия в отношении женщин. Конвенция подтверждает, что насилие против женщин противоречит закону, и является преступлением, и призывает применять адекватное наказание в области борьбы против данной проблемы.

Дискриминация в отношении женщин, гендерное неравенство, как и во всех культурах и обществах, существует также в Европе. Несмотря на то что, в Европе равноправие мужчин и женщин по закону отражается в равной степени, реальность далека от этого.

Именно для того, чтобы искоренить такие барьеры, разрушить негативные стереотипы в отношении женщин существующие в обществе, расширить их возможности, обеспечить сбалансированное участие женщин и мужчин в политической и общественной жизни в 2012 году была начата программа Совета Европы по вопросам гендерного равенства.

Советом Европы была принята стратегия охватывающая период с 2014 по 2017 годы, в которой были отражены цели и приоритеты программы гендерного равенства. В документе, именуемый «Стратегия гендерного равенства», было определено пять соответствующих основных целей: борьба с гендерными стереотипами, предотвращение и борьба с насилием в отношении женщин, доступ женщин к равным условиям правосудия, обеспечение сбалансированного участия женщин и мужчин в принятии политических и общественных решений и, наконец, вопрос о гендерном равенстве был определён в качестве одного из приоритетных направлений государственной политики.

Азербайджанская Республика в период после обретения независимости, определила для женщин новые цели и задачи, и работы, проведенные во имя усиления роли граждан в процессе формирования общества способствовало повышению роли женщин. Конституция Азербайджанской Республики, отразила в себе равные права для мужчин и женщин, и создало правовую базу для их активного участия в процессе демократического государственного строительства. Именно с этой точки зрения, Конституция и законодательство Азербайджанской Республики соответствует требованиям международных актов в отношении эффективной защиты прав женщин.

В Азербайджане, наряду с сотрудничеством со многими международными организациями и присоединением к международным конвенциям, также были приняты ряд нормативно-правовых актов по защите прав и свобод женщин. Постановление Президента Азербайджанской Республики от 6 марта 2000 года о "Реализации государственной политики по женщинам" обеспечивает равное участие мужчин и женщин во всех государственных органах. Кроме того, как пример правовых реформ проводимых в стране, можно привести принятие законов о "Гендерном равенстве (мужчин и женщин)", "О предотвращении бытового насилия", а также поправки в Семейный кодекс.

Международные проекты, осуществляемые первой леди Азербайджана, президентом Фонда Гейдара Алиева, послом доброй воли ЮНЕСКО и ИСЕСКО, депутатом Милли Меджлиса Мехрибан Алиевой, послужили приобретению мировой славы и уважения к женщинам Азербайджана. В результате, первая леди Азербайджана Мехрибан Алиева была удостоена высших наград ряда стран и международных организаций.

Президент Азербайджана Ильхам Алиев 24 мая 2010 года на Седьмой конференции посвященной гендерному равенству государств-членов Совета Европы, отметил: «Гендерное равенство является одним из приоритетов в развитии современного демократического общества и защиты прав человека».

В Азербайджанской Республике национальное законодательство, обеспечивая равенство женщин, служит предотвращению всех форм дискриминации,

а государственная политика по гендерным вопросам, направлена на реализацию равных возможностей для женщин.

Расширение возможностей женщин, обеспечение гендерного равенства, искоренение насилия в отношении женщин и бытового насилия является приоритетом государственной политики. Правительством Азербайджана осуществляется многогранная деятельность по эффективной защите прав женщин.

Повышение конкурентоспособности женщин на рынке труда, развитие предпринимательства среди женщин, организация курсов направленных на достижение новых профессий со стороны женщин, подготовка программ реабилитации для женщин, пострадавших от бытового насилия, усиление борьбы с насилием в отношении женщин, включая насилие в семье, обеспечение жертв такого насилия средствами защиты, приютами, необходимой компенсацией, реабилитацией, медицинской и психологической помощью, а также мерами, принятыми для достижения гендерного равенства, являются приоритетами этой деятельности.

Была проведена широкая образовательная работа по вопросам планированию семьи, защиты здоровья девочек и женщин, заболеваний, передаваемых половым путем, в частности по вопросам заражения вирусом иммунодефицита женщинами и девочками и методами профилактики такого рода инфекционных болезней, грудному вскармливанию, здоровью матери и ребенка, здоровью и внедрению гендерных вопросов в области образования и физической культуры, психическому здоровью женщин, здоровых условий на рабочем месте, факторам окружающей среды, признанию особых потребностей пожилых женщин.

Особое значение было уделено участию женщин в органах власти и процессах принятия решений, в том числе участию в государственных и негосударственных секторах, были подготовлены учебные программы по лидерству женщин, а также мероприятия позволяющие совмещать семейные и рабочие обязанности, как мужчин, так и женщин. Работающие в различных сферах женщины политики, женщины депутаты выдвинули предложения способствующие расширению возможностей активных и профессиональных женщин, в том числе принимали активное участие в национальных и международных сетях.

На юридическом факультете Бакинского Государственного Университета проводится образовательный курс предмета «Введение в гендер». Наряду с этим, во многих высших учебных заведениях для ответственных лиц и активистам профессиональных союзов читаются лекции по правам человека и гендерным проблемам.

Распоряжением Президента Азербайджанской Республики от 27 декабря 2011 с целью усиления защиты прав и свобод человека, была утверждена Национальная Программа Действий в области прав человека. В Программе нашли

свое отражение такие вопросы как предотвращение бытового насилия, психологическая и медицинская помощь женщинам, необходимая компенсация и реабилитация жертв бытового насилия, борьба против всех форм насилия в отношении женщин. В связи с осуществлением программы, были организованы конференции, семинары, круглые столы с участием членов Парламента, государственных учреждений, неправительственных организаций, в том числе представителей СМИ, были проведены общественные слушания во всех городах и районах страны.

В 2011 году соответствующими решениями Кабинета Министров были одобрены и подтверждены «Положение по профилактическому учету лиц совершивших бытовое насилие и по ведению воспитательно-превентивных работ для данных лиц» и «Положение по организации и ведению банка данных по бытовому насилию».

В настоящее время Азербайджан вступил в новый этап своего развития. Основной целью этого этапа является эффективное обеспечение прав человека, включая права женщин, доведение уровня жизни населения до уровня передовых международных стандартов, а также получить новые достижения в развитии науки, культуры, во всех сферах общественной жизни.

Новая ситуация в мире ставит перед нами новые задачи. Именно с точки зрения реализации данных задач, утвержденная Указом Президента Азербайджанской Республики от 29 декабря 2012 года Концепция Развития, "Азербайджан-2020: взгляд в будущее" имеет важное значение.

Согласно концепции, была принята Государственная Программа для улучшения здоровья матери и ребенка, который охватывает период 2013-2020 годы.

Следует отметить, что Женщины Азербайджана обладают все еще не воспользованным профессиональным, интеллектуальным, нравственным потенциалом, и что активизируя их, можно достичь возвышения роли женщин в обществе на качественно высокий уровень, что в свою очередь является важным шагом на пути обеспечения гендерного равенства.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

1. **Абаканова Вероника Анатольевна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

2. **Аверьянова Ольга Владимировна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат экономических наук, доцент кафедры финансового права Санкт-Петербургского государственного экономического университета.

3. **Азизов Убайдулло Абдуллоевич (Республика Таджикистан, Душанбе)**, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой «Права человека и сравнительное правоведение» юридического факультета Таджикского национального университета.

4. **Алёшина Александра Владимировна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

5. **Алиев Заур Гумбат оглы (Азербайджанская Республика, Баку)**, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры ЮНЕСКО по правам человека и информационному праву юридического факультета Бакинского Государственного Университета.

6. **Баранов Николай Алексеевич (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор политических наук, профессор, профессор кафедры глобалистики и геополитики Балтийский государственный технический университет «Военмех».

7. **Беляев Максим Александрович (Российская Федерация, Воронеж)**, кандидат философских наук, доцент кафедры онтологии и теории познания Воронежского государственного университета.

8. **Бернацкий Георгий Генрихович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного экономического университета.

9. **Бочкарев Сергей Вадимович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

10. **Варламова Наталия Владимировна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права РАН, доцент ка-

федры права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов.

11. **Василевич Григорий Алексеевич (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права Белорусского государственного университета.

12. **Василевич Сергей Григорьевич (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного права Белорусского государственного университета.

13. **Васильев Илья Александрович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

14. **Васильева Татьяна Андреевна (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, доцент, заместитель директора, заведующая сектором сравнительного права Института государства и права РАН.

15. **Глухарева Людмила Ивановна (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, заведующая кафедрой международного права Российского государственного гуманитарного университета (РГГУ).

16. **Григорьева Ольга Геннадьевна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, доцент кафедры правовых основ управления Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России.

17. **Денисенко Владислав Валерьевич (Российская Федерация, Воронеж)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Воронежского государственного университета.

18. **Диноршоев Азиз Мусоевич (Республика Таджикистан, Душанбе)**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права Юридического факультета Таджикского национального университета.

19. **Дорская Александра Андреевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой международного права Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена.

20. **Еремина Татьяна Ивановна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена.

21. **Ефремова Надежда Николаевна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник

сектора истории государства, права и политических учений Института государства и права РАН.

22. **Зейналова Ламия (Азербайджанская Республика, Баку)**, старший советник Аппарата Уполномоченного по правам человека Азербайджанской Республики.

23. **Зипунникова Наталья Николаевна (Российская Федерация, Екатеринбург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии.

24. **Иванов Константин Игоревич (Литовская Республика, Вильнюс)**, кандидат юридических наук, доцент академического департамента права Европейского гуманитарного университета.

25. **Ившина Ирина Николаевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры общетеоретических правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия.

26. **Игнатьева Марина Валерьевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

27. **Ильина Татьяна Николаевна (Российская Федерация, Курск)**, кандидат юридических наук, декан юридического факультета, заведующая кафедрой теории и истории государства и права Курского государственного университета.

28. **Калинина Елена Юрьевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

29. **Камолов Илхом Икромович (Республика Таджикистан, Душанбе)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Таджикского национального университета.

30. **Карпенко Константин Викторович (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России.

31. **Киселева Татьяна Маратовна (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного права Белорусского государственного университета.

32. **Ковкель Наталья Францевна (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и пра-

ва Академии управления при Президенте Республики Беларусь, докторант Белорусского государственного университета.

33. **Кодан Сергей Владимирович (Российская Федерация, Екатеринбург)**, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права, руководитель Научно-образовательного центра проблем изучения теории и истории государства и права Уральского государственного юридического университета.

34. **Козюк Михаил Николаевич (Российская Федерация, Волгоград)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Волгоградский филиал).

35. **Кондратович Наталья Михайловна (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного права юридического факультета Белорусского государственного университета.

36. **Константинов Кирилл Борисович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации.

37. **Косовская Виктория Александровна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

38. **Крупеня Елена Михайловна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Московского городского педагогического университета.

39. **Кузьмина Ольга Владимировна (Российская Федерация, Иваново)**, кандидат юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующая кафедрой уголовного права и процесса Ивановского государственного университета.

40. **Лапо Павел Валерьевич (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры истории права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов.

41. **Лаптева Людмила Евгеньевна (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридический наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, заведующая кафедрой истории государства и права Российской Академии народного хозяйства и государственной службы.

42. **Лебедь (Ефремова) Валерия Владимировна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник сек-

тора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права РАН.

43. **Малышева Наталия Ивановна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

44. **Масловская Татьяна Станиславовна (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного права юридического факультета Белорусского государственного университета.

45. **Матчанова Зоя Шарифовна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, старший преподаватель кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

46. **Мкртумян Арман Юрьевич, (Республика Армения, Ереван)**, доктор юридических наук, Председатель Кассационного Суда Республики Армения, Заслуженный юрист Республики Армения.

47. **Муромцев Геннадий Илларионович (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов.

48. **Нарутто Светлана Васильевна (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

49. **Немытина Марина Викторовна (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой истории права и государства Юридического института Российского университете дружбы народов.

50. **Нижник Надежда Степановна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России.

51. **Орлова Инна Анатольевна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры Европейских исследований факультета международных отношений Санкт-Петербургского государственного университета.

52. **Павлов Вадим Иванович (Республика Беларусь, Минск)**, кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь.

53. **Пашенцев Дмитрий Алексеевич (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и

истории государства и права Московского городского педагогического университета.

54. **Петрова Елена Евгеньевна (Российская Федерация Санкт-Петербург)**, кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена).

55. **Поцелуев Евгений Леонидович (Российская Федерация, Иваново)**, кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

56. **Рахманова Екатерина Николаевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой уголовного права Северо-Западного филиала ФГБОУВО «Российский государственный университет правосудия».

57. **Ромашов Роман Анатольевич (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, начальник управления по работе с персоналом ООО «Газпром межрегионгаз».

58. **Сативалдыев Рустам Шарофович (Республика Таджикистан, Душанбе)**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Таджикского национального университета.

59. **Светлов Александр Игоревич (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, старший преподаватель кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

60. **Сигалов Константин Елизарович (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, доцент заместитель директора Института проблем эффективного государства и гражданского общества Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Московского университета МВД России им. В.Я. Кикотя.

61. **Сорокина Елена Александровна (Российская Федерация, Москва)**, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов.

62. **Талимончик Валентина Петровна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Санкт-Петербургского государственного университета.

63. **Тимошина Елена Владимировна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и

истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета.

64. **Третьякова Екатерина Сергеевна (Российская Федерация, Пермь)**, кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой государственно-правовых дисциплин Филиала НОУ ВО «Московский институт государственного управления и права» в Пермском крае; доцент кафедры гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ-Пермь.

65. **Тюрина Наталия Евгеньевна (Российская Федерация, Казань)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного и европейского права Казанского (Приволжского) федерального университета.

66. **Хорунжий Сергей Николаевич (Российская Федерация, Воронеж)**, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Воронежского государственного университета, секретарь Избирательной комиссии Воронежской области.

67. **Черноков Алексей Эдуардович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

68. **Честнов Илья Львович (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, профессор кафедры теории права и гражданско-правового образования Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

69. **Чиркин Вениамин Евгеньевич (Российская Федерация, Москва)**, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института государства и права Российской Академии наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Заслуженный деятель науки РФ, Заслуженный юрист РФ.

70. **Шадрина Екатерина Геннадьевна (Российская Федерация, Санкт-Петербург)**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

Научное издание

ТИПЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И ВЫЗОВЫ МЕНЯЮЩЕГОСЯ МИРА

Сборник научных статей по результатам
Международной научно-практической конференции
(Санкт-Петербург, Российский государственный педагогический уни-
верситет им. А.И. Герцена, 23-24 сентября 2016 г.)

Сост. *А.А. Дорская*

ЦНИТ «АСТЕРИОН»

Заказ № 110. Подписано в печать 12.09.2016 г. Бумага офсетная

Формат 60x84¹/₁₆. Объем 37,1 п.л. Тираж 100 экз.

Санкт-Петербург, 191015, а/я 83,

тел. /факс (812) 685-73-00, 663-53-92, 970-35-70

asterion@asterion.ru