

ПРАВО ПОРЯДОК ЦЕННОСТИ

МОНОГРАФИЯ

Под общей редакцией
доктора юридических наук, профессора **Е. А. Фроловой**

Авторы монографии – известные российские и зарубежные юристы, философы, историки. На основе обширного круга первоисточников, архивных документов, законодательства в работе исследуются право, общество и государство.

Представители теоретико-правовой и отраслевой юридической науки обращают внимание на то, что порядок общественных отношений включает в себя не только сущее (наличное бытие), но и должное (будущее). Важную роль в обеспечении стабильности правопорядка играет процессуальное право, которое воплощает социальные идеалы в действующее право. На этом положении основывается представление о ценности права как нормативной системы и правового порядка как режима устойчивости и предсказуемости.



Издательство «ПРОСПЕКТ»
(495) 651-62-62
e-mail: mail@prospekt.org
www.prospekt.org



ПРАВО. ПОРЯДОК. ЦЕННОСТИ

ПРАВО ПОРЯДОК ЦЕННОСТИ

МОНОГРАФИЯ

Под общей редакцией
доктора юридических наук,
профессора **Е. А. Фроловой**



ПРАВО ПОРЯДОК ЦЕННОСТИ

МОНОГРАФИЯ

Под общей редакцией
доктора юридических наук,
профессора **Е. А. Фроловой**

Рекомендовано
ученым советом юридического факультета Московского
государственного университета имени М. В. Ломоносова
в качестве коллективной монографии для студентов,
обучающихся по направлению подготовки 40.03.01
«Юриспруденция» (квалификация «Бакалавр»),
магистрантов, обучающихся по направлению подготовки
40.04.01 «Юриспруденция» (квалификация «Магистр»),
и аспирантов, обучающихся по направлению подготовки
40.06.01 «Юриспруденция» (квалификация «Исследователь.
Преподаватель-исследователь»)



Электронные версии книг на сайте
www.prospekt.org



• ПРОСПЕКТ •

Москва
2022

УДК 340.1
ББК 67.0
П68

Редакционная коллегия:

Фролова Е. А. (председатель), **Жуков В. Н.**, **Козлова Н. В.**, **Корнев В. Н.**, **Масленников Д. В.**, **Митов Г.**, **Степаненко Р. Ф.**, **Стоилов Я.**, **Гройсман С.**

Рецензенты:

Сафонов В. Е., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории права и государства Российского государственного университета правосудия, заслуженный юрист Российской Федерации;

Вълчев Д., доктор права, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права, декан юридического факультета Софийского университета имени св. Климента Охридского (Болгария).

Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора **Е. А. Фроловой**.

П68 Право. Порядок. Ценности : монография / под общ. ред. Е. А. Фроловой. — Москва : Проспект, 2022. — 688 с.

ISBN 978-5-392-36649-1

Авторы монографии — известные российские и зарубежные юристы, философы, историки. На основе обширного круга первоисточников, архивных документов, законодательства в работе исследуются право, общество и государство.

Законодательство приведено по состоянию на 22 октября 2021 г.

Представители теоретико-правовой и отраслевой юридической науки обращают внимание на то, что порядок общественных отношений включает в себя не только сущее (наличное бытие), но и должное (будущее). Важную роль в обеспечении стабильности правопорядка играет процессуальное право, которое воплощает социальные идеалы в действующее право. На этом положении основывается представление о ценности права как нормативной системы и правового порядка как режима устойчивости и предсказуемости.

УДК 340.1
ББК 67.0

Научное издание

Фролова Елизавета Александровна и др.

ПРАВО. ПОРЯДОК. ЦЕННОСТИ

Монография

Подписано в печать 23.03.2022. Формат 60×90 1/16.

Печать цифровая. Печ. л. 43,0. Тираж 1000 (1-й завод 100) экз. Заказ №

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

ISBN 978-5-392-36649-1

© Коллектив авторов, 2022
© ООО «Проспект», 2022

Editorial team:

Frolova E. A. (chairman), **Zhukov V. N.**, **Kozlova N. V.**, **Kornev V. N.**, **Maslennikov D. V.**, **Mitov G.**, **Stepanenko R. F.**, **Stoilov Ya.**, **Groysman S.**

Reviewers:

Safonov V. E., Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of Law and State of the Russian State University of Justice, Honored Lawyer of the Russian Federation;

Valchev D., Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Theory and History of State and Law, Dean of the Faculty of Law of the St. Kliment Ohridsky (Bulgaria).

Under the general editorship of Doctor of Law, Professor **E. A. Frolova.**

Right. Order. Values : Monograph / under the gen. ed. of E. A. Frolova. — Moscow : Prospekt, 2022. — 688 p.

ISBN 978-5-392-36649-1

The authors of the monograph are well-known Russian and foreign lawyers, philosophers, historians. On the basis of a wide range of primary sources, archival documents, legislation, the work examines law, society and the state.

The legislation is as of October 22, 2021.

Representatives of theoretical legal and branch legal science draw attention to the fact that the order of social relations includes not only the existing (present being), but also the due (future). An important role in ensuring the stability of the rule of law is played by procedural law, embodying social ideals in effective law. This provision is the basis for the idea of the value of law as a normative system and legal order as a regime of sustainability and predictability.

ВВЕДЕНИЕ

Замысел данной монографии — показать значение правового феномена как одного из факторов создания порядка в обществе. Интерес к этой проблематике возник в ходе обмена мнениями с коллегами из Москвы, Санкт-Петербурга, Казани, Иваново, Краснодара, Ижевска, Софии, Велико-Тырнова, Нур-Султана.

Тема понимания правового порядка, конечно, не нова — со времен античной философии вопросы назначения права и оценки его эффективности находятся в центре внимания мыслителей. Не потеряли они своей актуальности и в XXI веке. Жизнь в обществе регулируется различными социальными нормами, но право есть регулятор, с которым в наибольшей степени связываются надежды на создание устойчивости социума. Этим качеством объясняется значение права и как культурного блага.

Порядок и стабильность в социуме — системообразующее звено любого типа государства, однако понятийного единства здесь нет, что обусловлено двумя факторами. Во-первых, общество неоднородно, оно представляет собой конгломерат социальных групп, отношения внутри и между которыми различны, а потому и оценки состояния устойчивости в обществе разные; во-вторых, способы достижения социального порядка тоже могут быть различны (подавление и принуждение, политика компромиссов, мирное сосуществование, единomyслие и др.).

В понимание правового порядка вкладывается различное теоретическое содержание. Правопорядок выступает формой общественного порядка, целью и итогом правового регулирования. Г. Кельзен отождествлял право и государство, считая их принудительным порядком. По его мысли, правопорядок представляет собой безоценочный социальный порядок, очищенный от неправовых (моральных, идеологических, религиозных и др.) элементов. М. Вебер наполнил понимание правопорядка эмпирическим содержанием. Нормативный и эмпирический подходы к правовому порядку закрепились профессиональным сознанием юристов и философов, получив научно-практическую ценность. Авторы монографии исходят из того, что при решении конкретного юридического случая правоприменителю необходимо исходить

из смысла правового порядка в целом, не ограничиваясь анализом только лишь отдельной нормы права. Кроме этого, эффективность правопорядка во многом определяется качеством законодательства, которое должно отражать требования социальных норм и отвечать потребностям общества.

Тема правового порядка охвачена в монографии в широком смысле: в философском, общетеоретическом, историческом контекстах, в рамках отраслевой юридической догматики. На концептуальном уровне продемонстрированы противоречия, присущие праву, как идеи (Я. Стоилов, К. В. Агамиров), системы (В. Н. Синюков, М. Новкиришка-Стоянова, М. В. Воронин, С. Гройсман), юридической догмы (Н. Л. Пешин, Е. Панайотова, Н. Е. Борисова). Показано, что решение споров и конфликтов, предупреждение деяний, нарушающих спокойствие в обществе, кроме объективного судейства, предполагает принудительное осуществление принятых решений о восстановлении нарушенных прав, принуждение к исполнению невыполненных добровольно обязанностей, наказание правонарушителей (Г. Митов, А. А. Бережнов).

Право, как регулятор, действительно не только как средство решения существующих споров, но и для предупреждения возможных конфликтов (М. Матеев). Порядок общественных отношений включает в себя область сущего и сферу должного (О. П. Сауляк, В. Н. Корнев, В. М. Дуэль). На этом положении основывается представление о правовом порядке как о режиме устойчивости и предсказуемости (Б. Чернева). От права ожидают справедливости решений, предсказуемости отношений, стабильности правового порядка. Закрепляя право в той или иной форме, государство берет на себя ответственность за порядок в обществе. Если это сделать не удастся — сначала меняется верховная власть в государстве, а затем — содержание права или способы его осуществления (Н. А. Шавеко).

Для устойчивого правового порядка необходимо, чтобы новые нормы права соответствовали реальному соотношению сил в обществе (И. В. Галкин), перспективам социального развития и были выражены в формах, доступных общественному правосознанию (Е. Л. Поцелуев).

Отдельное внимание в монографии уделено анализу догматического метода и развенчанию мифов юридического позитивизма (В. Н. Жуков), методологических особенностей юридической науки (В. С. Горбань), ее познавательной способности (С. А. Бочкарев, А. В. Пищулин), сравнительно-правовому исследованию языка и права, пониманию языка как первоосновы самоидентификации народа (Т. М. Пряхина), ценностному пониманию правового порядка (И. У. Аубакирова). Философско-правовое наследие отечественных авторов на страницах монографии раскрывается Л. В. Лукьянчико-

вой, Н. В. Кротковой, Г. Ф. Гараевой. Право как форма различения добра и зла в контексте юридической теологии и философии права — предмет анализа Д. В. Масленникова.

В условиях нестабильного состояния общества особое значение получают доктрина естественного права и социологические теории права (Р. Ф. Степаненко, Г. Н. Степаненко). Концепция естественного права задает масштаб для оценок действующего права среди членов общества, дает возможность выявить массовые социальные ожидания, возлагаемые на право, показывает уровень протестных настроений среди населения (Н. Киселова). Странники социологического направления видят в праве высоко специализированную форму социального контроля, осуществляемую на основе властных предписаний в рамках судебного и административного процесса (Е. Панайотова, К. Д. Лубенченко, А. В. Жигулина).

В монографии рефреном звучит мысль, объединяющая философов, теоретиков, конституционалистов, представителей отраслевых юридических наук, согласно которой отличительной чертой права является его продолжительный характер — с длительностью и предсказуемостью правовых предписаний связана стабильность общественных отношений (Е. Димитрова, Е. А. Фролова, Н. С. Малютин). На страницах монографии раскрываются теоретические аспекты соотношения правового феномена с другими формами социального регулирования (Р. Ш. Давлетгильдеев, Л. Т. Бакулина, Ф. И. Хамидулина, А. Л. Шигабутдинова). Философы права Д. В. Масленников и В. П. Сальников обращают внимание на генетические отличия права и морали, подчеркивая, что содержательно эти социальные явления не противоречат друг другу, являясь результатом развития единой идеи абсолютного блага.

В числе основополагающих вопросов, исследуемых теорией права, обозначены проблемы соотношения законности и правопорядка (А. Г. Хабибулин, Т. Р. Орехова, О. М. Караташ, Л. Л. Сабирова), пределов правового регулирования (К. Р. Мурсалимов), оценки юридической силы нормативных правовых актов (О. Ю. Кузьмицкая), восполнения пробелов в праве, — вопросов, нацеливающих на создание в обществе устойчивого правового порядка.

Как ответственный редактор этой публикации я благодарю каждого члена авторского коллектива за живой отклик на предложение принять участие в работе, за творческий подход и помощь, оказываемую мне на всех этапах нашего взаимодействия. Отдельную благодарность выражаю нашим зарубежным коллегам: И. У. Аубакировой, Д. Вльчеву, М. Новкиришке-Стойановой, Я. Стоилову, Г. Митову, Е. Панайотовой, Н. Киселовой, С. Гройсману, М. Матееву, Е. Димитровой, Б. Черневой за деятельное участие в научном проекте. Моя глубокая благодарность

всему коллективу издательства «Прспект» и персонально его генеральному директору — Леониду Владимировичу Рожникову. Большую организационную помощь при подготовке книги оказали Г. Н. Мельникова и К. С. Гришин, за что выражаю им сердечную признательность. И, конечно же, данный труд не состоялся бы без поддержки моих дорогих коллег по кафедре теории государства и права и политологии и Юридическому факультету МГУ имени М. В. Ломоносова, принявших участие в публикации в качестве авторов и (или) членов редакционной коллегии: В. Н. Жукова, А. Г. Хабибулина, Н. В. Козловой, Н. Л. Пешина, К. Д. Лубенченко, Т. Р. Ореховой, А. А. Бережнова, Н. С. Малютина, А. В. Пищулина, М. В. Воронина, О. Ю. Кузьмицкой, которых я искренне благодарю за советы и помощь при подготовке рукописи к публикации. Надеюсь, наш совместный труд будет востребован читателем.

Е. А. Фролова

ФИЛОСОФИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА

Жуков Вячеслав Николаевич

*профессор кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, доктор философских наук*

Догматический метод и мифы юридического позитивизма

Догматический метод — главный для отраслевой юридической науки (догматической юриспруденции). Его главенствующая роль определяется природой права, а именно тем, что право является регулятором общественных отношений. Можно сколько угодно дискутировать о природе права, пытаясь отыскать ее в сознании, психологии или материальных отношениях, но ценность права определяется одним — его способностью регулировать общественные отношения. Прикладная сторона права — важнейшая. Если предположить невозможную вещь, что право утрачивает свою регулятивную функцию, его ценность снижается до нуля, и интерес к нему (практический и научный) полностью исчезает. Чтобы право работало, его нормы должны быть обращены к практике и сформулированы таким образом, чтобы адекватно отражать стандарты массового социального поведения. Если этого не случается, право не просто лишается своей ценности, оно перестает быть правом, т.е. утрачивает свою природу. Глубоко прав Р. Иеринг, утверждавший, что “техническое несовершенство права не есть лишь частичное несовершенство, не есть пренебрежение отдельной стороной права. Техническое несовершенство представляет собою несовершенство всего права, недостаток, тормозящий право и мешающий ему в осуществлении всех его целей и задач”¹. Формализм права — не просто один из его признаков, формализм выражает

¹ Иеринг Р. Юридическая техника // Иеринг Р. Избр. труды: в 2 т. Т. 2. СПб., 2006. С. 332.

его существо. Сформулировать норму так, чтобы она работала, это значит выразить природу права и его функциональное назначение.

Если оставить в стороне нюансы и оттенки в понимании догматического метода, то его суть сводится к тому, чтобы максимально формализовать социально значимое поведение, отразить его в системе норм и с их помощью осуществить регулирование общественных отношений. Чем тоньше, точнее и гибче будет сформулирована норма, тем эффективнее будет правовое регулирование. Догматический метод формируется в ходе практики, когда общество и власть методом проб и ошибок формулируют нормы права. Позднее он берется на вооружение наукой, предопределяя специфику последней. Еще классики юридической мысли XIX — начала XX в. указывали, что предметом исследования отраслевой юридической науки является позитивное право. При помощи догматического метода устанавливаются действующие нормы права, особенности их конструирования и взаимосвязи, выявляется внутренняя логика структуры позитивного права, выводятся общие принципы его организации. После того как юридическая наука создаст модель действующего позитивного права, свободного от противоречий и других недостатков, данная модель предлагается государству в качестве инструмента создания более эффективного и действенного права. Г. Ф. Шершеневич подчеркивает, что при использовании догматического метода “наука не создает новых правил, а только извлекает их из законодательного материала, придавая им свою обработку”¹. Иначе говоря, догму права создает практика, а не наука, последняя ее лишь анализирует, систематизирует и совершенствует. Данная последовательность действий указывает на тот факт, что юридическая наука идет за практикой, опирается на практику и не мыслима без практики. Юридическая наука опережает практику только в том отношении, что, выявив логику позитивного права, предлагает проводить ее в жизнь более последовательно и организованно. Своей собственной инициативы, обособленной от практики, у догматической юриспруденции нет и быть не может. Догматический метод фиксирует глубоко инерционное положение отраслевой юридической науки, ее органическую неспособность выходить на какие-либо новые горизонты исследовательской деятельности.

Здесь встает вопрос о познавательных возможностях догматического метода. Можно ли вообще говорить о догматическом методе как методе познания? Как верно заметил Иеринг, “юридический метод не является чем-то извне занесенным в право, а напротив, требуемым с внутренней необходимостью самим же правом единственным

¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 779.

способом верного практического овладения им”¹. Юридическая наука, настаивал он, должна быть и искусством². Иными словами, отраслевая юридическая наука ставит своей главной целью разработку на основе позитивного права такой догматики, которая способна привести к созданию эффективного права. В данном контексте вся отраслевая юридическая наука предстает не более как юридическая техника в самом широком смысле этого термина. Иеринг, например, понимал под юридической техникой две вещи: способ формальной обработки права и механизм его реализации³. Как представляется, это и есть основное содержание отраслевой юридической науки. В данном случае догматический метод — это не столько метод познания, сколько способ обработки позитивного права. Да, познавательный аспект здесь, конечно, присутствует (ведь нормы позитивного права надо установить, описать, классифицировать, выявить принципы их организации), но он оказывается подчиненным главной задаче — технической переработке позитивного права с целью повышения его эффективности. Познавательный и практический аспекты юридической техники настолько тесно связаны, что представляются почти тождественными, но с креном в сторону практики. Догматический метод есть метод познания во вторую очередь, а в первую — это способ практической, технической организации позитивного права. Догматический метод, а вместе с ним и вся отраслевая юридическая наука демонстрируют тот факт, что догматическая юриспруденция в первую очередь — искусство и только во вторую — наука. Ведь от юридической науки требуется в конечном счете не демонстрация познавательных возможностей и интеллектуальной высоты, а принесение практической пользы в деле создания эффективного права.

Догматический метод связан с философией права, но данная связь зависит от специфики школ и направлений. Философско-правовые концепции, опирающиеся на идеализм и религию, на умозрительные метафизические конструкции, используют догму права в минимальной степени. Для такого рода философии важно отличать право от любых других социальных регуляторов, и этим влияние догматического метода ограничивается. Философу-метафизику достаточно находиться на уровне обыденного сознания, понимая ту простую вещь, что право есть норма, за нарушение которой карает государство. Философ-метафизик может создавать грандиозные политико-правовые конструкции, уходя далеко в область абстрактной мысли, но данные конструкции всегда у него противостоят грозной эмпирической реальности — позитивному праву. Философия права, ориентирующаяся

¹ Иеринг Р. Юридическая техника. С. 320.

² См.: там же. С. 329.

³ См.: там же. С. 332.

на позитивизм, нуждается в догматическом методе в гораздо большей степени, особенно когда речь идет о таком специфическом направлении, как юридический позитивизм. В данном случае философия права, как правило, полностью исключает из себя мировоззренческий компонент и обращается к догме права как к единственному предмету своего исследования. Термин «философия» используется здесь в основном в духе О. Конта, как сумма позитивных знаний о действующем праве. Н. М. Коркунов и Г. Ф. Шершеневич называли такую философию права теорией права, подчеркивая тем самым ее антиметафизический, строго научный характер. В XIX — XX вв. направление в теоретической юриспруденции, ставящей своей целью дать обобщенный анализ юридической догматики, получило название аналитической философии права (Дж. Остин, К. Бергбом, П. Лабанд, Г. Кельзен, Г. Л. А. Харт и др.).

Юридический позитивизм (аналитическая философия) — направление неоднородное и по-разному толкуемое. Хотя разброс мнений и широк, большинство сходятся в том, что юридико-позитивистские исследования обращены к юридической догме. Вместе с тем в нашей литературе сложилась целая традиция понимания юридического позитивизма, содержащая недоразумения и грубые ошибки, вызванные академической групповщиной, идеологической зашоренностью, а то и просто юридической и философской неграмотностью. Вокруг юридического позитивизма сложилась своего рода мифология, которую необходимо развенчивать.

Миф первый: главный классификационный признак юридического позитивизма — признание тезиса, что право есть воля суверена.

Действительно, для родоначальников юридического позитивизма (Т. Гоббс, И. Бентам, Дж. Остин) право сводится к позитивному праву и в этом качестве представляет собой приказ государства. Данная посылка является исходной, своего рода аксиомой для любого, исследующего юридическую догму. Догма права — это факт реальности, состоящий в признании суверенитета власти, ее надзаконного характера. Суверенитет государства, по Ж. Бодену, проявляет себя в способности принять, изменить и отменить закон. Отраслевик или теоретик права, исследующий юридическую догму, осознанно или неосознанно всегда исходит из посылки, что норма позитивного права установлена властью. Вместе с тем признание факта, что позитивное право — приказ власти, мы находим не только в юридическом позитивизме. Данный тезис универсален, марксист, социолог права или экзистенциалист вполне могут повторить то же самое. Более того, этатистское понимание права характерно для обыденного массового сознания, это проявление здравого смысла, в известном смысле банальность, доступная любому профану. На такой исходной посылке большой теории не создашь, да никто этого особенно и не делает.

Типичный юридический позитивист XIX–XX вв. занимается не обоснованием зависимости права от государства, а догматическим исследованием политико-правовых явлений. Главное в юридическом позитивизме — не исходная этатистская посылка (право — приказ власти), а метод исследования. Юрико-позитивистская платформа предполагает создание модели общественных отношений на основе применения догматического метода. Цель теоретика-догматика состоит в том, чтобы показать формально-логический срез социальных институтов, ценностей и принципов, входящих в сферу правового регулирования. Поскольку позитивное право — область должного, конечный результат исследования юридического позитивиста — создание умозрительной системы, где мир человеческих отношений представлен в формальном, абстрактном, логически не противоречивом виде. Так, основоположники баденской школы неокантианства (В. Виндельбанд, Г. Риккерт) в основу классификации наук положили именно метод исследования: генерализирующий (поиск законов) для наук о природе и индивидуализирующий (описательный) для наук о культуре. Казалось бы, предмет может быть один и тот же — человеческое общество, но социология (генерализирующая наука) нацелена на отыскание в нем законов, а история (индивидуализирующая наука) описывает его конкретно-исторические явления и этапы.

Миф второй: догматический метод вырабатывается общей теорией права (в форме юридического позитивизма) и привносится затем в отраслевую юридическую науку, общая теория права (юридический позитивизм) является теоретико-методологической основой для отраслевых юридических наук и юридической науки в целом.

Данный миф, прочно укоренившийся в наших учебниках по теории государства и права, появляется в эпоху становления марксистско-ленинской общей теории государства и права. После известного Совещания 1938 г., когда А. Я. Вышинский дал “единственно верные” формулировки права, общая теория права официально назначалась главной по разряду юридических наук. Ее главенство мыслилось в основном в том, чтобы переводить марксистские догмы на язык юридической науки, вводя ее в идеологически правильное русло. По ходу дела была использована и общеправовая догматика, разработанная еще дореволюционными юристами с целью создания общей теории права. Таким образом, советская теория права, включала в себя два компонента — идеологический и догматический, где первый был основным, второй — добавочным. Так задумывалось и так во многом претворилось в жизнь. В послесталинское время догматический компонент набирает вес, что нашло свое отражение и в учебниках. Общая теория права представляется как базовая дисциплина, призванная разработать понятийный аппарат и специальную юридическую методологию, в которой, как объясняли авторы учебников, остро нуждается отраслевая

юридическая наука. Идеологическая функция теоретико-правовой науки оставалась, но главенство последней уже обосновывалось и с той точки зрения, что общая теория права — теоретико-методологическая база отраслевой юридической науки. После падения советской власти теоретико-правовая наука теряет свое главенство по части держателя марксистской истины, на первый план выходит собственно научный компонент. Казалось бы, теперь ничто не мешало общей теории права, освобожденной от диктата марксистской идеологии, проявить свое подлинное доминирование в юридической науке, но жизнь взяла свое. Без идеологической подпорки общая теория права резко потеряла свой академический вес и стала тем, чем она и была в дореволюционный период: скромной попыткой выработать догму, общезначимую для всех юридических наук. Тем не менее наши теоретики права продолжали писать: «Научные данные, вырабатываемые аналитической юриспруденцией и сводимые воедино общей теорией права, — не только первичная, но и базовая, фундаментальная основа всего комплекса юридических знаний, не имеющая альтернативы. Общая теория права сосредоточивает тот исходный и специфический для всего правоведения материал и ориентиры практической и научной значимости, которые являются начальной данностью и не имеющим замены “строительным материалом” для всего правоведения и без которых юридическая наука теряет свою специфику как особая и самостоятельная область человеческих знаний»¹.

Сторонникам изложенной позиции следовало бы знать, что догматический метод и сама юридическая догма создавались задолго до возникновения общей теории права и аналитической юриспруденции (юридического позитивизма). Юридический позитивизм возникает во вторую четверть XIX в. (Дж. Остин) и оформляется в развернутую теорию в последней трети XIX — начале XX в. В этот же период возникает общая теория права, призванная преодолеть недостатки энциклопедии права и философии права. Она создавалась по преимуществу немецкими и русскими юристами в качестве комплексной общетеоретической и методологической дисциплины, включавшей в себя, как минимум, четыре компонента: исторический, социологический, философский и догматический. Общетеоретическая догматика создавалась на основе общей части отраслевых юридических наук с целью выработать единый понятийный аппарат и унифицировать подходы к общим проблемам. В отличие от общей теории права, появившейся чуть более 100 лет назад, догматический метод формируется в ходе практики еще в Древнем мире (особенно в Древнем Риме), а в эпоху средневековья благодаря глоссаторам и постглоссаторам постепенно

¹ *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 158.

становится достоянием юридической науки континентальной Европы. В период средневековья догма римского права творчески перерабатывалась под феодальные отношения, позднее — под буржуазные¹. Рецепция римского права продолжалась несколько веков. На протяжении всего этого времени ее основой был догматический метод. Магистральное направление процесса рецепции — гражданское право, интенсивно разрабатывалась также догма уголовного, государственного, административного и процессуального права. Таким образом, догматический метод имманентно присущ отраслевой юридической науке, изначально ею востребован, выступает ее главным инструментом, без него догматическая юриспруденция утрачивает свой специфические свойства. Догматический метод и теория отраслевой науки представляют собой органическое единство. Когда юристы-отраслевники, юристы-философы и юристы-социологи прилагали усилия (каждый со своей стороны) в деле создания общей теории права, отраслевая юридическая наука уже существовала в разработанном, зрелом виде. Догматический метод переносится из отраслевой юридической науки в общую теорию права, но никак не наоборот. Отраслевик-догматик, стремящийся, опираясь на материал своей науки, выйти за ее пределы и перейти в сферу общей теории права, начинает применять догматический метод к гораздо более широкому кругу вопросов, чем принято в данной отрасли. Так это было с Шершеневичем. Кельзен и Харт, напротив, сразу стали заниматься общей теорией права, что в целом характерно для XX столетия (естественное следствие дифференциации наук). Отраслевнику-догматику незачем обращаться к общей теории права, если он сосредоточен на своих, специфических для данной отрасли вопросах. Каждая классическая отрасль юридической науки (особенно гражданское право) имеет свой понятийный аппарат, свой методологический инструментарий, свои традиции, свою научную литературу. Отраслевая юридическая наука ничем не обязана ни юридическому позитивизму, ни общей теории права, тогда как обратного утверждения сделать никак нельзя. Теоретико-правовая наука и юридический позитивизм как ее разновидность и составная часть, напротив, опираются на материал отраслевой науки, используют ее понятийный аппарат и разработанный ею догматический метод.

Миф третий: в основе догматического метода и юридического позитивизма лежит философия позитивизма (или какая-либо другая философия)².

¹ См., напр.: Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М., 2012.

² См., напр.: Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 17, 28, 30 и др.

Разумеется, в основе догматического метода нет никакой философии (в том числе позитивистской). Еще раз отметим, что догматический метод рождается практикой методом проб и ошибок, в его основе всегда лежала не философия, а практическая целесообразность и законы формальной логики. Шесть-семь веков, в течение которых производилась рецепция римского права, были посвящены совершенствованию юридической догматики, которая к XIX в. достигла своих зрелых форм. На протяжении всего этого периода догматический метод представлял собой набор технических средств, необходимых для стыковки юридических норм, принципов и конструкций с практикой. Догматический метод совершенствовался, но подводить под него философскую базу никто не торопился. В общем было понятно, что догматический метод необходим, его надо и дальше разрабатывать, но большой теории из этого факта никто не делал, юристы-отраслевники в основном занимались тем, что применяли догматический метод. Только Р. Иеринг во второй половине XIX в. попытался объяснить содержание догматического метода и системно его изложить. В этом деле он стал первым, предшественников у него не было. В дальнейшем появилось довольно много курсов по юридической технике, где авторы, опираясь на практику, в меру своего понимания раскрывали существо догматического метода.

С юридическим позитивизмом ситуация примерно такая же, как с догматическим методом. Тот классический юридический позитивизм, который мы знаем (Дж. Остин, К. Бергбом, П. Лабанд, Г. Ф. Шершеневич, Г. Кельзен, Г. Л. А. Харт), использует, конечно, какие-то философские идеи, но его существо определяется не ими, а догматическим методом. Так, Г. Ф. Шершеневич, по своим философским взглядам был позитивистом в духе О. Конта, Дж. Ст. Милля и Г. Спенсера, но это никак не было связано с обоснованием им юридической догмы. Его “Общая теория права” демонстрирует классический набор методов, которые впоследствии будут взяты на вооружение теоретико-правовой наукой (исторический, социологический, философский, догматический). Происхождение, социальная природа, назначение государства и права даны с позиций социологии, тогда как темы формы и системы права, правоотношения, юридической ответственности изложены в догматическом плане. Шершеневич, написавший работу по социологии и высоко ценивший философию позитивизма и социологию, был категорически против того, чтобы социология и позитивистская философия проникали в ткань юридической догматики, в частности, в науку гражданского права. Ему было понятно, что позитивистскую социологию и догматику мешать нельзя, это могло привести к разрушению последней. Другой русский цивилист С. В. Пахман попытался обосновать юридическую догматику

с позиций позитивизма, но вышла натянутая, ходульная схема. Было видно, что догма права самодостаточна и ни в какой философии позитивизма не нуждается. “Чистое” учение о праве Г. Кельзена еще более показательно. В своем фундаменте оно вроде бы построено на неокантианстве баденской школы (деление наук на нормативные и каузальные), но основное содержание создается не благодаря неокантианству. Главный метод, который использует Кельзен, — догматический, его труд — образцовый пример догматического изучения политико-правовых явлений. Философия неокантианства здесь не играет решающей роли. Юрист использует ее в качестве некоей фикции (мир должного, основная норма), дающей возможность далее проводить исследования в юридико-догматическом духе. Та же картина с Хартум: аналитическая (лингвистическая) философия (Дж. Э. Мур, Л. Витгенштейн и др.) есть только respectable фон, высказанные, а точнее, повторенные наспех идеи выдающихся философов, основное же содержание, например, “Понятия права” — догматические исследования политико-правовой реальности. Таким образом, теория (философия) юридического позитивизма прежде всего и в основном — это итог применения догматического метода, отдельные философские добавки (в виде позитивизма, неопозитивизма, неокантианства, феноменологии, аналитической философии), как правило, случайны и не меняют природу данной теории.

Миф четвертый: юридический позитивизм гипертрофировал догматический метод, блокировал изучение социальной и ценностной природы права, чем серьезно ограничил горизонт научных исследований; юридический позитивизм — описательная наука, дисциплина низшего теоретического уровня; юридический позитивизм вступил в полосу устойчивого кризиса¹.

Критика юридико-догматического подхода в изучении права имеет в России давнюю историю. Она началась с конца XIX в. и велась тремя основными силами: юристами-социологами, юристами-философами, юристами-марксистами. Все они в той или иной мере признавали ценность догматического метода, но считали необходимым подчеркнуть его ограниченность. Юристы-социологи (С. А. Муромцев, Ю. С. Гамбаров, Л. И. Петражицкий) осуществляли критику с общенаучных позиций, полагая, что подлинная наука начинается там, где государство и право изучаются как социальные явления. Догматический анализ права, настаивали они, есть искусство, а не наука. Юристы-философы (П. И. Новгородцев, И. А. Ильин) усматривали

¹ См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. М., 1971. С. 166–168; Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. С. 39; Мальцев Г. В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 145, 164, 177.

существенный изъян догматического подхода в его игнорировании смысловых и ценностных аспектов права. Наиболее последовательной в этом отношении была школа возрожденного естественного права, провозгласившая необходимость возврата к идеализму и религии. Догматическое понимание права, с их точки зрения, мешало воспринимать право как нравственную и религиозную ценность, способную привести к духовному преобразованию России (после длительного господства позитивизма и марксизма). Марксистская критика (она берет начало главным образом после прихода к власти большевиков) в основном сводилась к тому, что догматический метод маскирует классовую природу государства и права, консервирует сложившиеся институты власти и действующий правопорядок, а значит, способствует укреплению системы эксплуатации. Так, теория государственного суверенитета, целиком построенная на догматическом методе, объявлялась ранними советскими юристами проводником буржуазной идеологии, поскольку камуфлировала классовую природу государства.

В советский период сложилась парадоксальная ситуация: с одной стороны, новая власть, нуждаясь в эффективных средствах правового регулирования, активно занималась кодификацией, требовавшей применения догматического метода, с другой — критиковала последний за устремленность к деидеологизации юридической науки. Как представляется, данный абсурдный параллелизм воспринимался большинством научного сообщества юристов как нечто самой собой разумеющееся: догматический метод продолжал быть главным в отраслевой юридической науке, большинство исследований по общей теории права и государства было догматического характера (поскольку они были политически нейтральны, заниматься ими было безопасно), а сам метод критиковался за ограниченность, односторонность, неспособность дать анализ политико-правовых явлений с партийных позиций. В постсоветский период ситуация вроде бы меняется, но абсурда меньше не становится. Догматический анализ государства и права критикуется социологами права и философами права, они требуют выйти за рамки догмы, чтобы, как считают первые, приступить к исследованию социальной природы права или с целью, как полагают вторые, выявить метафизические основания политико-правовой действительности.

И в советское время, и сейчас к догматическому методу предъявляются претензии, которые к нему предъявлены быть не могут. Дать догматический анализ государству и праву не в узкоотраслевом, а в широком теоретическом плане — это весьма серьезная научная задача, которая далеко не каждому по плечу. Читая Кельзена или Харта, понимаешь, что имеешь дело с выдающимися умами,

способными на базе юридических фикций создать грандиозные модели политико-правовой действительности при опоре исключительно на формальную логику. Социолог, рассматривая право или государство, отталкивается от фактов жизни, философ пытается объяснить политико-правовые феномены, опираясь на инструментарий какой-либо философской школы. В обоих случаях имеется богатый материал, которым можно оперировать. Эмпирическая база юридического позитивиста гораздо более скудная — это позитивное право, имеющее большую или меньшую степень систематизации. Задача теоретика состоит в том, чтобы, выявив логику позитивного права, создать на ее основе модель государства и права как единой непротиворечивой нормативной системы. Юридический позитивист стремится понять и выстроить логику государства и права, исходя из нормативной природы права. Кельзена часто называют неклассическим юридическим позитивистом, поскольку он отступает от базового принципа “право — воля суверена”. На самом деле “чистое” учение о праве — высокий классический образец юрико-догматического анализа, а сам Кельзен в этом смысле — классический юридический позитивист. Предъявлять претензии Кельзену или Харту, что они предпочитают догматическое исследование и игнорируют социологию или метафизику права, все равно, что предъявлять претензии поэту, почему он не пишет прозой, или прозаику, почему тот не пишет стихи. Исследования в области философии права, социологии права и догмы права абсолютно равноценны, каждое из направлений имеет свои специфические задачи, собственную методологию исследований, свои познавательные рамки. Критика юридического позитивизма с позиций социологии или философии права есть проявление методологической некорректности, нельзя брать критерии научности из одной отрасли знания и механически переносить их в другую. Юрико-догматический подход имеет свои, присущие только ему методологические особенности, их и следует анализировать, но с позиции так называемой аутентичной критики, т.е. находясь на теоретико-методологической платформе самого юридического позитивизма. Только в этом случае мы сможем получить адекватное знание о его познавательных возможностях. Если именно под таким углом зрения оценивать юридический позитивизм, то ни о каком его кризисе говорить не приходится, теория демонстрирует устойчивое развитие, привлекая все больше желающих попробовать свои силы в догматических исследованиях. О кризисе предпочитают говорить те, кто в силу узости своих интеллектуальных интересов не способен понять особенности юрико-догматического подхода и, соответственно, не готов к такого рода исследованиям.

Миф пятый: юридический позитивизм несет ответственность за апологию власти, за апологию авторитарных и тоталитарных режимов XX столетия¹.

Обычно сторонники данной позиции приводят пример гитлеровской Германии и СССР. Так, известный юрист К. Шмитт дал догматическую трактовку политической системы Третьего рейха, а советские юристы (прежде всего представители теоретико-правовой науки и конституционного права) догматически обосновывали коммунистическую диктатуру в форме советской власти. Все это действительно имело место, но претензии, тем не менее, высказаны не по адресу. Если и предъявлять обвинения в теоретическом обосновании советского тоталитаризма, то это следовало бы делать в отношении социологов и философов права. Типичный советский социолог права всегда доказывал классовую природу государства и права, их связь с экономикой и политикой. Советская социология права сначала доказывала необходимость пролетарской диктатуры, затем — общенародный характер советского государства и социалистическую природу советского права. Марксистская социология права возвела партийность в ранг научного принципа, т.е. такой методологической установки, согласно которой научными являются все те положения, которые соответствуют интересам рабочего класса. Поскольку человечество движется к коммунизму, поскольку пролетариат находится во главе данного движения, поскольку борьба за интересы пролетариата есть борьба за лучшее будущее всего человечества, партийность и научность представляют собой методологическое единство. Примерно тоже следует сказать и о советском варианте философии марксизма, который построил теорию государства и права в диалектический и исторический материализм. Так, проблему политического отчуждения предлагалось решать, идя по пути коммунистического строительства, создавая институты самоуправления и передавая им властные полномочия. Именно эта политико-юридическая демагогия и прикрывала всевластие партийного и советского аппарата и его руководителей. Вместо расширения демократии и приближения власти к народу страна все сильнее ощущала пропасть, отделявшую народ от партийной бюрократии.

Ничего подобного не было в юридико-догматических исследованиях советских юристов, особенно отраслевиков. Да, всегда делались необходимые ссылки на классиков марксизма-ленинизма, на решения партийных органов и выступления партийных вождей, но к существу рассматриваемых проблем все это имело мало отношения. Догмати-

¹ См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. С. 32; Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. С. 153; Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 170.

ческий анализ советского государства и советского законодательства по большей части находился вне политики, что и обусловило, кстати сказать, такое обилие работ в области общей теории государства и права догматического характера. Советские юристы, наученные горьким опытом, предпочитали не лезть в вопросы теории социалистического и коммунистического строительства, чтобы не оказаться “левым” или “правым” “уклонистом”. Область догматики — сфера в политическом отношении нейтральная. Советские юристы рассуждали примерно так: к власти пришли большевики, за ними стоит сила государственного принуждения, в стране господствует идеология большевизма, всякое инакомыслие могли расценить как проявление вражды к советской власти, поэтому лучше всего не лезть в политику, а заниматься своим прямым делом — создавать модель существующих социальных отношений в форме юридико-догматических конструкций. Здесь для советского юриста не было какого-то насилия над самим собой и своими принципами. Да, ему мог не нравиться советский тоталитаризм, но он делал лишь то, что требовала от него его профессия. До революции юрист создавал догму, отражавшую позитивное право Российской Империи, после революции работал над догмой, выражавшей принципы советского права и государства. Обвинять юриста-догматика в том, что он зарабатывал на жизнь своей профессией и при этом не стремился быть борцом с режимом, нелепо. Может быть, современные обвинители юридического позитивизма, в изобилии появившиеся на излете советской власти, не довольны тем, что юристы-догматики не проявили героических качеств, что вместо того, чтобы бороться с тоталитарным режимом и сидеть за это в лагерях, они просто занимались своим прямым делом? В этом случае этот упрек можно сделать и в адрес самих критиков, живших в советскую эпоху и не замеченных в диссидентском движении. Современные отечественные критики юридического позитивизма, по сути, стоят на позиции советской науки. Советские юристы обвиняли юридико-догматический подход в вуалировании классовой природы государства и права, современные его критики делают то же самое. Скрытая логика их рассуждений (явно об этом не говорится) сводится примерно к следующему: юрист-догматик вместо того, чтобы оформлять советскую действительность в юридическую догму и тем самым ее как бы оправдывать и легализовывать, должен был бы вскрыть фактическую природу советского режима, показав его тоталитарный характер. Иначе говоря, юрист-догматик обвиняется в том, что он не социолог и не философ права, что он при помощи юридико-догматических конструкций замазывает социальные и ценностные аспекты советской политико-правовой действительности. На самом деле юрист-догматик только выполнял свою работу, соответствующую его специальности.

Малина Новкиришка-Стоянова

*профессор кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор юридических наук (Республика Болгария)*

Некоторые аспекты стабильности в праве Древнего Рима

В статье представлены основные аспекты, связанные с концепцией и политикой стабильности права Древнего Рима и их реализация посредством различных правовых механизмов и в конкретных исторических эпохах.

И хотя тема данной статьи связана с правом Древнего Рима, я бы хотела связать ее с современной концепцией и требованиями предвидимости права. Данная проблематика, тесно связанная со стабильностью правового порядка, обладает все более актуальным и актуализированным звучанием. Европейская комиссия опубликовала 30 сентября 2020 года Доклад о верховенстве закона, охватывающий весь ЕС, включающий констатации обо всех государствах — членах ЕС в связи с четырьмя основными столбами данной темы: национальные правосудные системы, регламентация борьбы с коррупцией, плюрализм и свобода СМИ и других институциональных вопросов, связанных с принципом взаимозависимости и взаимоограничений властей в системе демократического управления¹. Целью данного Доклада является обобщение моделей и практик для преодоления вызовов в данных четырех направлениях, а также и для дополнительного укрепления верховенства закона при полном уважении национальных конституционных систем и традиций. И по каждому из четырех направлений Болгарии отправлены рекомендации².

И в четырех направлениях на первом плане указана необходимость адекватной правовой регламентации, которая бы не только соответствовала общественным отношениям, но и **гарантировала бы стабильность законодательства при соблюдении принципа верховенства**. В то же время, при соблюдении принципа хорошего законодательства (*beter regulation*)³ акцентируется планирование, подготовка,

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1602583951529&uri=CELEX%3A52020DC0580>

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0301&from=EN>

³ https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en

согласование общественной основы и принятия политик, программ, стратегий и нормативных актов, согласуя и оценивая их ожидаемое воздействие. Речь идет об устойчивой и последовательной политике в законодательстве, о непротиворечивой регламентации в различных секторах экономики и общественной жизни, акцентов и приоритетах и др., специфичные для целого ЕС и для отдельных стран. Отмечаются требования преодолеть преграды и бюрократии, и облегчить административный натиск на граждан и бизнес, облегчить регуляционные механизмы, также и язык нормативных актов для единой практики общественных консультаций устойчивую и цифровую информацию, публичность деятельности администрации, доступ к защитным механизмам и др.

Констатации, рекомендации, требования, как будто затягивают нас в один словесный режим, из которого вытекают новые направления в отношении того, то надо делать, а не как надо делать и что уже сделано. И хотя, видно из национальных докладов стран — членов ЕС, в последующий период есть достаточно аргументов в пользу стабильности правового порядка и адекватного управления нормотворческим процессом. Но иногда разумно обратить внимание на некоторые более элементарные и прагматичные правила, появившиеся в Древнем Риме, которые сохраняют свою *ratio iuris* в почти двухтысячную традицию в правовой истории Европы.

Без предварительной и последующей оценки законодательства, с многочисленными изменениями, с удивительной пластичностью для реагирования на актуальную среду, в которой право должно вмешиваться — римские юристы завещали нам достаточно примеров, из которых можно извлечь позитивный опыт. Неслучайно они названы общим термином *iurisprudentes*¹. Это были те углубленные знатоки права, но и его разумные и осторожные толкователи, предвидящие пользы и последствия, объединяющие как научное знание, так и практический опыт, полученный на Форуме, в императорском совете или в императорской канцелярии. В то же время, особенно в период Республики и Раннего Принципата, они были и открыты для всевозможных консультаций и содействия как обычным римским гражданам, иностранцам, освобожденным, лицам из соци-

¹ См. определение Ульпиана о *iurisprudentia* как познание о божественных и человеческих делах, наука о справедливом и несправедливом — это воспринято как неизменное правило (*regula*) как классическими юристами, компиляторами Дигестов — D.1.1.10. 2. (*Ulpianus libro secundo regularum*) *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. О римских *iurisprudentes* см. новые исследования в сборнике *Schiavone A., Hakim N., Nasti F., Bonin P.* (eds.) *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani: eredità e genealogie*. Torino, Giappichelli., 2019.

альных низин, так и магистрата и Сенату¹. Позже, система *consultationes* по толкованию и применению права, начавшая с постановлений Сената (*senatusconsulta*), развивается юристами в императорской канцелярии, которые придают им обязательную силу путем их оформления как императорские конституции².

Римские *iurisprudentes*, подготавливающие проекты законов, сенат-консульты, эдикты, императорские конституции, консультирующие судей и стран процесса, императоров и губернаторов, обучающие тех кто должен стать их последователями — именно они дают нам много идей как регулировать общественные отношения, таким образом, чтобы стабильность правового порядка не фетишизировалась и не компрометировалась, а чтобы искался баланс между неизменностью и последовательностью, необходимостью и вариантностью. В связи с этим я бы хотела представить только некоторые штрихи той необъятной деятельности, которая стоит в основе римского правового порядка, создаваемый на протяжении 14 веков, сохраненный в разной степени в последующие исторические периоды, в большей степени в своих основных принципах и нормах, и который может быть полезен и в наши дни.

В настоящий момент все чаще ставится на дискуссионный подиум понятие о публичной власти о разделении властей, о влиянии демократии на их, о необходимых переменах в их соотношении, реформах на всех уровнях и пр. Для римлян власть являлась управление — не случайно для государственного управления использовался термин *gubernatio*, чье первоначальное значение было управление кораблем. Может быть с присущей древним народам метафоричностью общественные отношения действительно были похожи на море, в котором умело следует направлять государственность³.

¹ О римских *iurisconsultes* достаточно посмотреть значения многозначного глагола *consulto*, -are: совещаюсь, обдумываю, обсуждаю, рассуждаю, предпринимаю меры, действую, принимаю решения/постановления; забочусь, советую, советуюсь, спрашиваю, отправляю запрос и пр. Более широко смысл выражается и через глагол *consulo*, -ere, которым этимологически связывают названия *consul* и *consilium*. “*Licet consulere*” является обычной формулой поиска правовой консультации

См. *Дворецкий И. Х.* Латинско-русский словарь // <http://linguaeterna.com/vocabula/>

² См. о деятельности императорской канцелярии в статьях *Gavoille E., Guillaumont F.* (Eds.) *Conseiller, diriger par lettre*. Tours, Presses universitaire Francois-Rabelais, 2017; *Arcaria F.* *Referre ad principem*. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica. Milano, Giuffrè, 2000. Срв. и *Maggio L.* *L’efficacia normativa dei rescritti ad consultationes e dei rescritti ad preces emissa* // *AARC* 14 (2003), p. 359–380; *Demicheli A. M.* *La relatio-consultatio nel regime delle impugnazioni tra il IV e il V secolo D. C.* —Ibid. P. 323–349.

³ См. монографию *Moschetti C. M.* *Gubernare navem. Gubernare rem publicam*. Contributo alla storia del diritto. Milano, Giuffrè., 1966. Обобщение данной терминологии см. у *Cerami P., Purpura G.* *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*. Torino, Giappichelli, 2007, capo IV.

Наряду с этим власть является силой и мощью — что отражено в терминах *imperium* и *potestas*. Для римлян она реализовалась не только силой оружия и насилием, но, в первую очередь, силой закона. Дискуссионным является мнение юриста II в. Публия Ювентия Цельса, автор всеизвестного определения о праве как искусство добра и справедливости, который прямо отмечал, что знание закона состоит в соблюдении его силы и власти, а не в его буквальном толковании:

D. 1.3.17 (Celsus libro 26 digestorum) Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

При толковании данной максимы подчеркивается, что речь идет не столько о применении закона, сколько об изучении и знании законов (*scire leges*). Это рассматривается как одна логически открытая деятельность, которая требует познание целостной ситуации, повлекшая за собой необходимость в принятии данных норм, политической воли в конкретном моменте, предопределяющая цель правовой регламентации, которая может и не быть выраженной самым адекватным языковым способом. Это не означает полное отдаление от буквального и грамматического толкования норм, а скорее известный корректив, когда они могут толковаться неоднозначно или его словесная формулировка ведет к *ambiguitas*. В этом смысле косвенно Цельс определяет основную задачу *iurisprudentes* толковать, комментировать и уточнять закон, направляя применение позитивного права судьей в сторону, соответствующей воле законодателя¹. При этом, однажды установленная данная логическая связь, возможно посредством позиции юристов с *ius publice respondendi*, не следует искать в применении права другое толкование.

В этом же смысле компиляторы Юстиниана включили в мнение Цельса, вновь из его Дигестов, что законы следует толковать благосклонен (благоприятнее) для их адресатов, при этом сохраняя их действительную волю и смысл²:

D. 1.3.18 (Celsus libro 29 digestorum) Benignius leges interpretaendae sunt, quo voluntas earum conservetur.

В теоретическом плане римские юристы как будто ставят начало доктрине теологического толкования. Но следует иметь ввиду особый, значительно отличающийся от современного способа формулирования правовых норм и редактирование законов, требующий данное

¹ *Lyles M.* "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem" // Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup. Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2005, p. 177–202.

² Лексема "benignus" (от *benignus* от *bonus* + *gigno*) переводится как "добродушный, ласковый, кроткий, добросердечный, благосклонный, благоприятный, плодотворный и пр. См. *Дворецкий И.Х.* Латинско-русский словарь // <http://linguaeterna.com/vocabula/>

толкование¹. Это дает приоритет реалистичному перед формалистичным интерпретирующим подходом и открытая для любых изменений и дополнений система римского права, достаточно, чтобы в пользу этого были аргументы *per utilitatem publica*. Если следовать строгому языковому значению нормы, то уменьшение толкования до точной терминологии и фразеологии ограничило бы юристов в лингвистических границах в полемическом противоречии с концепцией в связи с их деятельностью углубленных знатоков права, с одной стороны, и его осторожных и разумных интерпретаторов, с другой стороны. Несмотря на то, что принимается идея беспристрастного применения закона, не следует это делать механически и вне конкретного политического, социального и экономического контекста. Вместе с этим, при предложенном методе толкования, римские юристы ставят на первый план анализ ожиданий последствий и эффектов от применения закона, что следует взять во внимание еще перед самим применением закона.

Использованные три правовые понятия — *vis, potestas, voluntas* представляют три уровня для определения смысла закона и его действия. Они целиком поставлены в публично-правовую сферу. Акцент обязательного характера норм и их соблюдение связан не столько с его лексическим выражением, сколько с действительной волей нормотворческого органа заданной правовой регламентации, зависящая от конкретных обстоятельств, которые оказывают на нее влияние и целей которые он преследует, предвидя эффект данной регламентации. В этом смысле римские юристы, а также императоры создали значительно более либеральную позицию для интерпретирования, которая соответствует казуистическому характеру позитивного права. Она является резонным связующим элементом между актами, принятыми соответствующими нормотворческими органами и толковательными мнениями юристов с *ius publice respondendi*². Тенденция к созданию данного нормативного единства появляется еще в начале Принципата с предоставлением этого права (или привилегией самых видных юристов *ex auctoritate principis*³). Она может толковаться и как аргумент Юстиниановых

¹ См. напр. *Walter U.* Legislation in the Roman republic: setting rules or just political communication ? // *La norme sous la République et le Haut-Empire romains. Elaboration, diffusion et contournements.* Bordeaux, Ausonius, 2017, p. 533–540, както и другите статии от същия сборник. Вж. и *Santucci G.* La legge nell'esperienza giuridica romana // *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico.* Torino, Giappichelli, 2005, p. 33–59, както и сборника *Ferrary J.L.* (ed.) *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana.* Pavia, Iuss press, 2012.

² См.. сборник *Milazzo Fr.* (ed.) *Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano.* Milano, Cedam, 2019.

³ См. подробнее мою статью “*Ius publice respondendi ex auctoritate principis*” в *Ius Romanum on line*, 1/2015, с. 54–81 и цитированную там литературу.

компиляторов сохранить ее в Дигестах с целью связывания Кодекса и Дигестов в единый *Corpus iuris*.

В нормотворческом процессе римские юристы делают акцент на хорошее познание отношений которые подлежат регулированию пред созданием закона, с которым будет связан целая общность римских граждан, включительно и сакрально-этическим способом, а не только правовым принуждением. Таким образом, спустя сто лет после Цельса, классический юрист Эмилий Папиниан определяет закон как общее предписание, созданное самыми великими знатоками права которое представляет общий торжественный обет перед государством, названная *res publica*:

D. 1.3.1 (Papinianus libro primo definitionum) Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.

И в двух текстах неявно содержится идея стабильности и неизменности законодательства, подтвержденная и Ливием, который твердил: “Закон глух, неумолим, он является спасением и добром, скорее, для слабых, чем для сильных, он не знает ни снисхождения, ни пощады для тех, ко его натусил ...”¹. Закон является гарантией против произвола, против политики, эмоций, индивидуальных амбиций и случайных ситуаций.

Это и есть концепция, воспринятая повсеместно в конце Республики и в начале Принципата, когда Ливий создавал свою Историю Рима, на которой крепится *res publica*. Данный текст не следует рассматривать изолированно, потому что в нем Ливий отражает противопоставление воли общности римских граждан, с одной стороны, выраженная в *lex*, которые должны быть беспристрастными и одинаковыми по отношению ко всем, и воле рекса, с другой стороны, который может быть неоправданно жестоким и может нарушать законы или может проявлять милосердие и пристрастие. Согласно современным толкованиям здесь проявляется связь с концепцией Платона, который ссылается на софистов, в основном на Каликулу, которые считают, что законы созданы слабым большинством, и они создали их для своей пользы. У софистов впервые встречается противопоставление законов природе, воспринятые позже римлянами как естественное право и созданные законы людьми. Естественное право они считают неизменным правом сильного, так как в природе то, что сильнее и лучше, выживает.²

¹ Liv., Ab U. C., 2.3. ... *leges leges rem surdam, inexorabilem esse, salubriorem melioremque inopi quam potenti; nihil laxamenti nec veniae habere, si modum excesseris.*

² См. Интерпретацию текста в связи с одним, более различным тезисом о *Peralta Escuer T. Leges rem surdam, inexorabilem esse. Roma es el pueblo del derecho pero no es el pueblo de la lex // Hacia un derecho administrativo y fiscal romano-II, Madrid, Dykinson, 2014, p. 112–130.*

В связи с этим обычно цитируется максима “*Dura lex sed lex*”, которая и выгладит римской, но воспринимается созданной в XI в. как принцип канонического права, сформулированный Burchard, епископом Worms. Исползованное определение “*durus*” обладает минимум 15 значениями, согласно авторитетных словарей латинского языка — суровый (в прямом и переносном смысле), твердый, строгий, могущий стабильный, отвесный, пристальный (о взгляде), острый, резкий, жесткий, тяжелый, опасный, неприятный (о голосе, знаке), грубый и пр. В зависимости от ракурса, с которого рассматривается данный закон, или, как сейчас принято говорить — регуляция, инструмент, каждое из этих определений может быть подходящим. С уверенностью можно сказать, что римляне завещали нам идею стабильности закона и пластичности права.

Задается вопрос о воплощении властного предписания в законе. Если он, как твердит Панианин, является результатом достигнутого консенсуса и выраженной общей воли народа, то задается вопрос о том, как бы вписалась данная позиция в отношении к императорским конституциям. Потому что, как в эпохе Северов, когда жил данный видный юрист и императорский сановник, так и в VI в., когда создаются Дигесты, *leges* не являлись уже комицилярными актами, а императорскими постановлениями — как нормативным характером (*edicta, lex generalis*), так и в качестве толковательных мнений (*rescripta, epistula*), административных предписаний (*mandata*) или судебных решений (*decreta*)¹. Объяснение этому состоит в систематическом связывании цитированных выше максим титула под номером III книги I Дигестов, посвященная законам, сенатконсультам и обычаям (*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*) с этими из титула под номером IV, в котором включены мнения классических юристов об императорских конституциях (*De constitutionibus principum*). Таким образом, Ульпиан подчеркивает приравнивание императорской воли к воле народа, ссылаясь на концепцию за *translatio imperii*:

D. 1.4.1 (Ulpianus libro primo institutionum) pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.

1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

Во втором тексте, пусть и как реализация императорской воли, Ульпиан делает акцент на деятельность юристов, привлеченные в *consilium principis* еще в I в. и в последующих веках, а позже и в им-

¹ См. обобщенно: *De Giovanni L. Ppotere imperiale e forme di produzione del diritto nella Tarda Antichità // Seminarios Complutenses de derecho romano, 25 (2012), p. 153–163.*

ператорской канцелярии. Там самые видные юристы тщательно дискутируют как о предлагаемых императором реформах, так и об отдельных типичных случаях или об отдельных законодательных мерах.¹ Императорская канцелярия подготавливает полностью все акты — как с нормативным, так и с индивидуальным толковательным или судебным характером². Вопреки их разнородности, они распределены в отделы (*scrinia*), в которых обрабатываются жалобы и запросы, создаются инструкции для администрации, толковательные конституции, эдикты и все то, что организовано в императорском архиве³. Сохраненное императорское законодательство, включенное в двух кодексах — Феодосиевом и Юстиниановом, дает нам представление о строгой организации, которая в большинстве случаев успешно создает каналы для огромного потока деятельности по приложению и созданию права. Невообразимый объем данной деятельности неизбежно ведет к кодификационному процессу — в начале частных компиляций *Codex Gregorianus Codex Hermogenianus*, а после и двумя официальными кодификациями, дополненными компиляциями толковательных мнений юристов, систематизированные в *Дигестах*.⁴

¹ По поводу деятельности *consilium principis* см. *Amarelli Fr.* I giuristi e il potere: i consilia principum. — *Ius controversum e processo fra Tarda repubblica ed età dei Severi.* Atti del Convegno (firenze, 21–23 ottobre 2010). Roma, L’Erma” di Bretschneider, 2012, p. 205–212 и цитированную там литературу. См. И опубликованные на болгарском языке статьи *Amarelli Фр.* Августовата сенаторска комисия — един успешен начин за съставянето ѝ // *IUS ROMANUM*, 1 (2015) и *Кростол М.* Имперският съвет, зъбното колело на административната монархия по времето на Антонините и Северите // *IUS ROMANUM*, 1 (2018) // http://iusromanum.info/online_magazine/magazines/

² См. в общих чертах о деятельности императорской канцелярии *Coriat J.P.* Communication et ecriture publique du droit imperial romain sous le Principat: essai de mise au point // *AUPA* 61 (2018), p. 329–340; *Stolfi E.* Immagini di “officia” e compiti magistratuali nell’elaborazione della giurisprudenza antoniniana // *Giuristi e officium.* L’elaborazione giurisprudenziale di regole per l’esercizio del potere fra II e III secolo *D. C.* Napoli, Ed. scient. italiane, 2011, p. 7–45, как и другие статьи из этого же сборника. См. И про императорскую администрацию со времен Константина до Юстиниана, монографию *Delmaire R.* Les institutions du Bas-Empire romain de Constantin a Justinien. T. I. Les institutions civiles palatines. Paris, Edition du cerf, 1995.

³ *Varvaro M.* Note sugli archivi imperiali nell’età del Principato // *AUPA*, 51 (2006), p. 381–431 ; *Royo M.* Une mémoire fragile et fragmentaire: les archives du monde romain // *Bibliothèque de l’École des Chartes*, 160–2 (2002), p. 513–521.

⁴ См. Статьи в сборнике *La codificazione del diritto dall’antico al moderno.* Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998 и по-специально *Casavola F.P.* Verso la codificazione traverso la compilazione. *ibid.*, p. 303–311; *Coriat J.P.* Consolidation et précodification du droit imperial a la fin du Principat // *La codification des lois dans l’Antiquité.* Actes du Colloque de Strasbourg, 27–29 novembre 1997. Paris, De Boccard e., 2000, p. 273–284; *De Giovanni L.* Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia. Roma, L’Erma di Bretschneider, 2007; *Di Maria S.* La cancelleria imperiale e i giuristi classici: “reverentia antiquitatis” e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice. Bologna, Bononia univ. press, 2010.

В целой истории римского права реализуется тенденция, чтобы нормы создавались после анализирования и обобщения практики — административной и судебной. Часто они предшествовались публичным дебатом в более широком или тесном формате. Во время Республики он проводился перед внесением проектозакона или плебисцита магистратом в национальных собраниях, а также являлся частью политической деятельности магистрата. Август вводит в императорском совете (*Consilium principis*) обсуждение каждого его нового предложения, независимо от его правовой формы — закон, плебисцит или сенатконсулт. Данная практика продолжается в период целого Принципата и во время Поздней империи, пусть и *consistorium* обладает более ограниченной компетентностью и реальными функциями¹. Значительная роль юристов в условиях императорской власти во многом отличается от их роли во время Республики, но в принципе, они являются проводниками политики и стоят в основе механизма осуществления публичной власти². Процесс перехода от преторского эдикта, которым осовременяется и адаптируется действующее право согласно *utilitas publica* к императорскому эдикту и эдикту провинциального управителя или преторианского префекта, происходит постепенно и не без сотрясений. В целом, это радикальная перемена от либеральной к императорской юриспруденции, которая осуществляется на протяжении нескольких столетий³.

У римлян есть своеобразный культ уважения к стабильности закона, противопоставленный пластичности права. Законы не отменяются и это не является проявлением только традиционализма и консерватизма, а, скорее, является восприятием всего, что создано органами публичной власти как правового патримониума римского народа. В данном контексте становится понятным почему Папиниан подчеркивает, что необходимо знать силу власти закона. В сочинениях юристов, соответственно в их сохранных фрагментах в Диге-

¹ См. *Amarelli F.* Dai consilia principum al consistorium // *AARC* 10 (1995), p. 187–193; *Falchi G. L.* Il consistorium imperiale e la codificazione del diritto romano nei secoli Ve e VI // *AARC* 10 (1995), p. 195–212; *Porena P.* L'amministrazione palatina di Diocleziano e dei tetrarchi. Comitatus, consilium, consistorium // *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*. Pavia, Pavia university press, 2018, p. 63–110.

² См. *De Bonfils G.* Consistorium, consilium e consiglieri imperiali in Ammanno Marcellino // *Studi A. Biscardi*, v. III, Milano, Cisalpino la goliardica, 1982, p. 263–275; *Brutti M.* Il dialogo tra giuristi e imperatori // *Ius controversum e processo fra Tarda Repubblica ed età dei Severi*. Atti del Convegno (Firenze, 21–23 ottobre 2010), Roma, "L'Erma" di Bretschneider, 2012, p. 97–204.

³ См. *Palazzolo N.* Il princeps, i giuristi, l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano // *Res publica e princeps*. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 25–27 maggio 1994. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, p. 289–322.

стах включены ссылки на *leges regiae* и на *Lex Duodecim tabularum*, т.е. на законодательство VI-V в. до. Хр., пусть и нормы устарели и in *desuetudine*. Данное обстоятельство не может препятствовать реализму, когда необходима актуализация старых строго ритуально-формальных норм, заполнению пропусков в регламентации или полностью новой регуляции. Это и является целью создания преторского эдикта, посредством которого осуществляется основное предназначение преторского права, которое бы помогло дополнить применение старого и формалистического гражданского права, а если необходимо — *per utilitatis publica*, изменить его:

D. 1.1.7.1. (Papinianus libro secundo definitionum) Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.

Таким образом, преторы, отзываясь на актуальную необходимость данной регламентации, оценивают ее пользу и каждый эдикт республиканской эпохи вплоть до кодификации *Edictum perpetuum* во II в. после Хр. содержит и неизменную часть, и новые нормы, превращаясь в “живой голос гражданского права” (*viva vox iuris civilis*):

D. 1.1.8 (Marcianus libro primo institutionum) Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.

Но увлеченные позитивистскими рассуждениями об эдикте как нормативном акте, часто забываем о том, что преторское право создается в связи и ради применения права. Оно не содержит нормы со смыслом современной правовой доктрины, а правовые средства, при помощи которых применяются существующие нормы, если это необходимо, адаптируются к новым отношениям. Данная идея воплощена в классическом определении о *regula*, которое многие авторы переводят как “правовая норма” или синонимом к слову “правило”. Пауль подчеркивает:

D. 50.17.1 (Paulus libro 16 ad Plautium) Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.

Именно на основе данной концепции о *regulae* и создан последний титул книги 50 Дигестов, озаглавленный “*De diversis regulis iuris antiqui*”. Юстиниановые компиляторы считали необходимым включить не только разделенную по материям интерпретирующую практику римских юристов с *ius publice respondendi*, но и те непостоянные *regulae*, у которых независимо от их древнего происхождения, есть свое место и в праве VI в. после. Хр. Это и есть титул, который ясно демонстрирует стабильность правовой регламентации, благодаря которой римское право долговечно.

Если вернуться к традициям за неотменимостью созданных в ходе исторического развития норм, в эпоху Принципата начинается нако-

пление как императорских конституций, так и мнений юристов, уполномоченные отдельными императорами *ius publice respondendi* и толкующие как республиканские законы, сенатконсультанты и эдикты, так и новое законодательство. Лавинообразный процесс накопления и распространение законодательства, ведут к различным опытам структурирования правовой материи с целью элиминации устаревших и непригодных норм, а также систематизации тех, у которых есть более прочный или универсальный характер. Матрицей такого “самообновления” права является преторианский эдикт, который согласно принципам формирования претуры, может быть ежегодно пересмотрен и обновляем мандатом новых преторианцев. Такая же ситуация и с эдиктом курульских эдилов¹. Со стабилизацией провинциальной системы и централизацией власти, с одной стороны, данные изменения продиктованы необходимостью правовой защиты, что ведет к их постепенному маргинализированию. С другой стороны, своеобразная законотворческая функция преторианцев постепенно переходит к императорам, у которых есть обобщенная информация о применении права, и власть для оценивания необходимых изменений, которые бы оказывали влияние на его развитие, ввиду проводимой им политики. Это и легло в основу кодификации *Edictum perpetuum*, в котором обобщаются опыт, накопленный при создании правовых средств для защиты как публичноправовых и частнопубличных отношений².

Плурализм источников права, а также специфика при формулировании норм, сохранение актов предыдущих эпох, включительно когда ими осуществляется временное или однократное вмешательство для достижения определенной политической, социальной или экономической цели, все вместе направлено на защиту процитированной выше максимы и правил толкования законов или в глобальном плане, для толкования позитивного права в целом. Что со своей стороны открывает путь для толковательной деятельности императоров, которая без того, чтобы отменять уже существующие нормы, считая их «неприкосновенными» благодаря передаче власти народом непрерывно от одного императора к другому, разрешает конкретные ситуации или дает более

¹ См. *Chevreau E.* L'édit des édiles curules: un droit des marchés avant l'heure? // *Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques.* Bordeaux, Ausonius, 2012, p. 223ss. ; *Daguet-Gagey A.* Les édiles et les marchés de Rome (ier siècle A. C. -IIIe siècle P. C.)- *ibid.* p. 61–77; *Laquerriere-Lacroix A.* Survivances et adaptations de la réglementation edilicenne dans l'Antiquité tardive. — *ibid.*, p. 235–244.

² См. *Cancelli F.* La codificazione dell'edictum praetoris. Dogma romanistico. Milano, Giuffrè, 2010; *Mantovani D.* L'édit comme code // *Levy E.* (ed.) La codification des lois dans l'Antiquité. Actes du colloque de Strasbourg, 27–29 novembre 1997. Paris, De boccard, 2000, p. 257–272; *ID.* L'editto come codice e da altri punti di vista // *La codificazione del diritto dall'antico al moderno.* Incontri di studio, Napoli, gennaio-novembre 1996, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998, p. 129–178.

устойчивое интерпретации типичным случаям. Можно предположить, что это и есть логика их сохранения в Дигестах.

Наряду с этим постепенно растет необходимость пересмотра целого нормативного массива, в преодолении противоречий, построений или лишних и непригодных правил. Опыты систематизации императорских конституции конца Принципата и начала Домината, включительно и мнений юристов *lex Allegatoria*¹, а также и создаваемые частные компиляции, все вместе предшествует кодификационному процессу. В сборниках с нормативными актами Поздней Античности есть существенная разница в зависимости от того, кто их создал и какие у них цели. Так называемые компиляции с императорскими конституциями конца III — начала IV в., названные именами их составителей — *Codex Gregorianus* и *Codex Hermogenianus*², не являются официальными, не смотря на то, что созданы юристами в императорской администрации и, вероятнее всего, с рекомендациями императора, распространялись официально и пользовались на всех уровнях администрации и правосудия. Также с практической целью, но по частной инициативе, независимо от позиции составителя в госаппарате, в этот же период или чуть позже созданы другие сборники на более низком уровне по подбору и автентичности норм — в них, скорее, адаптированы основные мнения юриспруденции, касаемые правосудия. Они стали антонимами и позже получили от своих исследователей условное наименование — *Fragmenta Vaticana*, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, *Libro Syro-Romano*. К ним обычно относят и *Collatio*³. Данный процесс, предшествующий официальной кодификации, которая концептуально оформляется с точки зрения новой реальности в позитивном праве — унификация

¹ См. *De Robertis F. M.* Un precedente costantiniano alla cosiddetta Legge delle citazioni del 426 di Teodosio II e Valentiniano III // *SDHI*, 64 (1998) p. 245–252.

² См. новое исследование *Lambertini R.* Se, per le costituzioni anteriori al 438, i tres veteres codices siano stati l'unica fonte del Codice Giustiniano // *AUPA* 61 (2018), p. 123–144, в което се поставя въпрос за значението на Грегориановия и Хермогениановия кодекс при съставянето на Теодосиевия и Юстиниановия кодекс, т.е. на официалните кодификации. См. и *Corcoran S.* the Gregorianus and Hermogenianus assembled and shattered // *MEFRA*, 12 (2013), p. 285–304; *Sperandio M. U.* Sullo scopo delle codificazioni tardoantiche. Vol. I. I 'codices' dell'età diocleziana // *AARC* 17 (2010), p. 975–997.

³ См. обобщенно у *Coriat, J.-P.* Consolidation et précodification du droit imperial a la fin du Principat. *Levy E.* (ed.) La codification des lois dans l'Antiquité. Actes du colloque de Strasbourg, 27–29 novembre 1997. Paris, 2000, p. 273–284, *De Giovanni L.* Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia. Roma, 2007, p. 272 ss.; *Sperandio M. U.* La consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti e alcuni problemi del Codex Gregorianus // *AARC* 15 (2005), p. 37–56; *Betancourt F.* Nueva edición crítica de Fragmenta Vaticana // *AARC* 14 (2003), p. 417–597, по поводу *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum* см. литературу, обобщенную в моей статье *Lex Dei* // Научни четения на тема “Право и религия”. Сборник доклади. С., УИ, 2020, с. 72 и сл.

действующих в предшествующие периоды правовые системы (*ius civile*, *ius honorarium* и *ius gentium*), постепенно постигнутая посредством императорского законодательства и судебной практики, комментированная юристами с *ius publice respondendi*.

Систематизация права Древнего Рима имеет свои корни еще в Античности, при обобщении, так называемых *leges regiae ius Papirianum*¹ и в Ранней Республике в Законе Двенадцатых таблиц (*lex Duodecim Tabularum*)². После продолжительного периода, на протяжении которого еще в конце Республики придуманы, но не реализованы проекты кодификации гражданского права³, император Адриан поручает известному юристу, высшему сановнику Сальвю Юлиану осуществить со своей командой кодификацию преторского эдикта, создавая, так называемый, *Edictum perpetuum*⁴.

Кодификационный процесс в Риме не является стихийно возникшим, также и не является единственным для “народа права”. Все древние народы в определенный период своего развития осуществляет такое обобщение действующего права, в основном в периоды консолидации власти и создания единого законодательства для объединения разных этносов, религий и пр. на территории данного государства⁵. Идея о стабильности норм, включенных в данные сборники, следует из самого названия *codex* (*caudex*), а у лексемы есть свое развитие из первоначального значения ствола, бревна через накопление деревянных табличек, на поверхности которых и делались записи частных или публичных документов до того, как стали собирать свитки законов, официально названные *codices*. Данный процесс осуществляется в основном в Поздней империи и связывается с установлением абсолютной императорской власти, но он предшестван рядом событий

¹ См. *Laurendi R.* *Leges Regiae e Ius Papirianum. Tradizione e storicità di un Corpus normativo.* Roma, Erma di Bretschneider, 2013; Paoli, J. *Le « Ius Papirianum » et la Loi Papiria // RHDfE, 4e série, 24 (1946–1947), p. 157–200*

² О данной кодификации существует огромное количество литературы. См. Самые новые *Humbert M.* *La Loi des XII tables. Edition et commentaire.* Roma, Ecole française de Rome, 2018; *Monteverdi D.* *La questione decemvirale. Itinerari e risultati di una complessa vicenda storiografica.* Milano, 2019.

³ Предполагается, что основные причины этого кроются в особой динамике права, связанной с развитием преторского права и права народов, а позже императорское право обесценивает необходимость реконструкции гражданских норм, самые традиционные и жизненные из которых сохраняются в практике и мнениях юристов с *ius publice respondendi*. См. *Paricio J.* *Los proyectos codificadores de Pompeyo y César en San Isidoro de Sevilla // Cuadernos de Historia del Derecho, Vol. extraordinario (2004), p. 235–248.*

⁴ См. *Cancelli.* *Op. Cit.*

⁵ См. обобщение по теме и цитированную литературу в моей монографии “Античные кодификации”, София, Екопринт, 2008, глава I и II. См. и сборник, специально посвященный кодификационному процессу в Древности. *Levy E. (ed.) La codification des lois dans l’Antiquité, cit.*

политического, социального и экономического развития из эпохи Августа и последующих периодов. Не на последнем месте находится создание концепции о верховенстве законодательной власти императора. То, что он издает, имеет силу закона и этом состоит сам закон — независимо от того идет ли речь об общих нормах, судебных решениях, инструкциях для администрации или толковательных мнениях¹:

D. 1.4.1 (Ulpianus libro primo institutionum) pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.

И если в начале V в. кодификации обобщают право “такое, какое оно есть” (*ius quod est*), применяемое в практике и с извлеченными и обобщенными правилами *per publicam utilitatem*, то Феодосий II в указывает связать сборник императорских конституций времен Константина и последующих периодов с стабильными толкованиями в практике, объединение терминологии, обобщение основных теоретических принципов и норм². Исполнение такой задачи к началу данной эпохи комиссиями, состоящие в основном из императорских служащих, пусть и самыми опытными юристами, является непосыльной ношей, более того есть и серьезные различия в законодательствах императоров Восточной и западной части империи³. Во время данной эпохи на передний план уже не стоит авторитет ученых, которые преподают право, и дают письменные толковательные мнения по конкретному делу. Очевидно, что собранное огромное количество литературы затрудняет исполнение императорского приказа, касающего обобщение и «актуализация» толковательной практики. В 438 году в Константинополе и в 439 году в Риме утверждена компиляция императорских конституций, то есть позитивного права, несмотря на то, что некоторые конституции (рескрипты и эпистулы) имеют в основном

¹ См. *Capogrossi-Colognesi L. Le costituzioni imperiali e la genesi di una nuova idea dell'ordinamento giuridico // Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat, Paris, EPA, p. 91–102; Peachin M. Rome's emperor of law // IURA, 67 (2019), p. 81–117.*

² О составлении Феодосиевого кодекса см. Обобщенно основное исследование *Archi G. G. Teodosio II e la sua compilazione, Bologna, 1976.* По теме есть значительная библиография см. у *Sirks A. J. B. The Teodosian Code. A Study. Friedricsdorf, 2007.*

³ См. *De Bonfils G. I rapporti legislativi tra le due partes imperii // Crogiez-Pétrequin S., Jaillette P. (ed.), Société, économie, administration dans le Code Théodosien. Lille, 2012, p. 233–243; De Dominicis A. Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra Occidente ed Oriente nel Basso Impero romano alla luce delle inscriptiones e delle subscriptiones imperiali. // Istituto lombardo di scienze e lettere, Rendiconti, Classe di lettere e scienze morali e storiche, 87.4 (1954), p. 329–487.*

толковательный характер. В конституциях Феодосия II и Валентиниан III от 26 марта 429 г., когда ставятся цели кодификации и определяются задачи составителей¹, решается, что будут действовать только включенные в кодекс конституции и только кодекс будет передан для преписи, распространения и использования всеми судами в обеих частях Империи. Считается, что это является первым шагом к концепции о стабильности и неизменности содержания кодификации, которая воспринята и расширена только столетие после Юстиниана.

Существуют множество исследований о сопоставке как способа составления, так и содержания, законодательной политики, приложения и значение Феодосиевого и Юстинианового кодексов². К поставленной в 429 году задаче о кодификации *iura* (юриспруденции и практики) и *leges* (императорских конституций) подготовка шла столетие. Она является результатом трудов практикующих юристов, чьи имена остаются неизвестными, так как упоминаются только самые высшие сановники — юристы императорской кацеларии и императорского совета, правовые советники императора и магистры скринов, также и преподаватели Бейрутской и Константинопольской школы. Вероятнее всего, многочисленные группы работали под руководством номинированных комиссий по составлению Кодекса и Дигестов, чтобы успеть не только обобщить универсальное и непротиворечивое классической римской юриспруденции, и синхронизировать императорские конституции, создать системное разделение материи, номинация титулов, создание максимально объединенную терминологию, с необходимыми объяснениями и обязательными правилами и др.³.

Вместе с этим Юстиниан указывает исполнение и одной третьей задачи — создание нового рационального учебного плана и обяза-

¹ CTh.1.1.5. Impp. Theodosius et Valentinianus aa. ad senatum. ...*primum omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se quamiam proferri liceat praetermissa inanem verborum copiam: alter omni iuris diversitate exclusa magisterium vitae suscipiet*.... О создании Феодосиевого кодекса и его целях см. протокол заседания Сената Рима об его введении в действие, отраженное в NTh. 1. См. обобщенно у *Salway B.* The publication and application of the Theodosian Code // *MEFRA* 125.2 (2013) <http://journals.openedition.org/mefra/1754>.

² См. опубликованную на болгарском языке статью *Басанели Сомапува Ж.* Сравнение между Феодосиевым и Юстиниановым кодексами // *IUS ROMANUM* 2(2020), с. 541 и сл. По ссылке http://iusromanum.info/portfolio/br_2_2020/ и цитированную там литературу.

³ См. монографию *Martin Mingujon A. R.* *Digesto: una auténtica obra legislativa.* Madrid, Dykinson, 2013, также и в синтезированном виде исследование о вводных конституциях Юстиниановой компиляции ID., *Constitutiones de conceptione et confirmatione Digestorum* // *Llegal roots*, 5 (2016), p. 261–318 на <https://vlex.es/vid/obra-legislativa-justiniano-507868510>. Об Юстиниановой кодификации, ее цели и значение см. монографию *Maganzani L.* *Formazione e vicende di un'opera illustre. il Corpus iuris nella cultura del giurista europeo.* Torino, 2002.

тельного учебника с основами права (*Institutiones*), которым бы завершить реформу права и правового образования. Начало единства между действующим правом и обучением будущих юристов поставлено с утверждением обязательного учебного плана в конституциях OMNEM от 16 декабря 533 г., с которой начинается создание Дигестов. Очевидно, что акцент, который поставлен на преподавании и познании права¹, а это со своей стороны требует его стабильности и непротиворечивости, которая считается исполненной двумя основными частями компиляции — Кодексом и Дигестами.

Особенно ясно политика стабильности в праве как основа государственности, выражена в начале известной конституции, адресованной к “молодежи, посвятившей себя праву” — *CUPIDAE LEGUM IUVENTUTI*². С известным пафосом он указывает, что императорская власть основывается не только на силу оружия, но, в первую очередь, на законы, для лучшего управления государством и во время войничтобы и во время войны, и во время мира. В качестве основной задачи императора, указано восстановление справедливости и строгое соблюдение законов³. В связи с этим он обращается к студентам по праву, которых призывает изучать и “обнять законы с отличительной страстью”, чтобы подготовиться к управлению государством в тех областях, которые им доверены⁴. Очевидно, что укрепление самочувствия, мотивации и воспитания будущих юристов в уважении и даже преклонии перед правом, также и создания ожиданий об императорской

¹ О преподавании права и его значении в связи с целой Юстиниановой компиляции см. *van Warmelo P.* The Institutes of Justinian as students' manual // *Stein P. G., Lewis A. D. E.* (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, p. 164–180. По поводу метода составления и Институтов и внедрению норм императорских конституций (как позитивного права, так и толкования) см. *Falcone G.* Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano // *AUPA* 45 (1998), p. 223–426; *Varvaro M.* Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano // *SDHI*, 68 (2002), p. 319–398; *Luchetti G.* La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano. Milano, 1996.

² См. конституцию *Cupidae Legum Iuventuti* от 21 ноября 533 г. о введении в силу Институций. См. и речь Юстиниана перед студентами у *Pugsley D.* Justinian's welcome to the Constantinople law school // *Fundamina*, 24.1.(2018), p. 57–68; *Verstegen R. G.* Justinian to the students and *Constitutio imperatoriam ex iusta causa traditum* // *Essays in honour of Eric H. Pool.*, Pretoria, *Fundamina editio specialis*, 2005, p. 372–374.

³ *Cupidae Legum Iuventuti pr. Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.*

⁴ *Cupidae Legum Iuventuti, 7. Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite et vosmet ipsos sic eruditostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rem publicam in partibus eius vobis credendis gubernare.*

службе после окончания двух основных правовых школ — в Константинополе и в Бейруте..

Несомненно, компиляция Юстиниана, часто называемая и кодификация (ввиду негативного оттенка понятия компиляции в современных языках в значении собранных воедино элементов) представляет собой единый корпус, объединяющий позитивное право, толковательную и судебную практику и дидактический процесс¹. Существует значительная дискуссия о том, в какой степени реализуется намерение императора установить таким образом неизменность и стабильность права на территории целой империи. Основным моментом является многократное толкование позиции Юстиниана в романистике запретить всякого рода комментарии и изменения в его кодификации после ее официальной публикации и вступления в силу всех ее трех частей. Это указано в § 12 Конституции, касающей составление Дигестов — *Deo auctore* 530 г. и в § 21 Конституции *Tanta*², посредством которой они вступают в силу в 533 г. Запрет адресован к *iuris perites*, термин, которым называют “создающих право”, то есть юристов с *ius publice respondendi*, обобщающих практику в *regulae iuris*, и в других своих сочинениях, и посредством своих мнений обязуют судебную практику³. Речь идет о значительных противоречиях между данными мнениями, которые преодолены компиляторами, прилагая для этого большие усилия, также упоминаются и множество сокращений и обобщений, которые отредактированы индивидуальной позицией и пр. Запрет относится как к действующим юристам, так и будущим, но допускается единственное исключение, касающее перевода *Corpus*⁴ на греческий язык и некоторых обобщенных в начале титулов, называемых пратитлами (впрочем, в 530 году они были под запретом, но разрешены компиляторами в 533 году, очевидно,

¹ См в данном смысле *Archi G. G.* *Le Institutiones di Giustiniano lette nell'unita del Corpus Iuris // Collatio iuris romani. Mélanges H. Ankum, Vol. I, Amsterdam, 1995, p. 7–15.*

² *Deo Auctore.12. Nostram autem consummationem, quae a vobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi adplicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere: quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum subtilitatem quae paratitla nuncupantur quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo.* В § 21 Конституции *Tanta* дана более обширная формулировка этого же запрета и санкции за ее нарушение *crimen falsi*.

³ См. *Giunti P.* *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione // IURA, 59 (2013), p. 47–85; Cannata C.A.* *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole // Cunabula iuris. Studi storico giuridici per G. Brogгинi, Milano, 2002, p. 53–99.*

после анализа их необходимости). В качестве плохого примера дана подмена комментариями правил в *Edictum perpetuum*. С мыслями о судьбе права, Юстиниан постановил, что каждое изменение в тексте какой бы то ни было части компиляции, будет наказываться как особо тяжкое преступление о фальшификации — *crimen falsi* и полное уничтожение написанных книг (*falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur*). В конце § 21 Конституции Танта указано, что император является единственным создателем и толкователем, законов (...*ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*) и только к нему судьи могут обращаться в случае неясности или противоречия практики¹.

Данные тексты являются объектом различных толкований. С одной стороны, культ права, воспринимающееся как единство между публичными и частноправовыми правилами, а также и как монолитный корпус позитивного права и юриспруденции, декларирован многократно во вступительных конституциях трех частей компиляции. В законодательстве Юстиниана после 533 г.² реализуется его указанная эксклюзивная роль законодателя и толкователя права. Вместе с этим поставлен вопрос: запрещает ли император законотворчество. Некоторые авторы считают, что речь идет не только об отдельных сочинениях, сколько о комментариях, изменениях, дополнениях (*indices*) или использовании греческих терминов в самом тексте или сбоку в трех частях компиляции, разумеется, с благородными намерениями помочь практике³. Основной аргумент следует из техники распространения книг с правовым содержанием в VI в., когда техника переписывания в большинстве случаев может привести к подобной путанице и несоответствиям. С целью узаконить оригинальность текста, который будет распространяться в значительном объеме, с целью быть на расположении судей и ад-

¹ См. *Bassanelli Sommariva G.* L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano. Milano, Giuffrè, 1983. Относительно забрана срв. статья на *A. Torrent Ruiz*, *La fractura justiniana en la producción del derecho. La prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista // Resina Sola P.* (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, p. 15–34 и цитированную литературу, также и более старое исследование *Berger A.* The Emperor Justinian's Ban upon Commentaries to the Digest // *BIDR*, 55–56 (1951), p. 158 ss.

² Изданные *Novella leges* или Новеллы Юстиниана в значительном количестве — вплоть до его кончины в 565 г., принято, что за почти 30 лет изданы минимум 168 конституций (объединенные в *Corpus Iuris Civilis*, vol. III).

³ *Wallinga T.* The Reception of Justinian's Prohibition of Commentaries // *RIDA* 59 (2012), p. 375–386 и цитированные там мнения, основное из которых принадлежит *Scheltema H. J.* Das Kommentarverbot Justinians // *TR* 44 (1976), p. 307–331 и коммента по тях в цитирания по-горе смисъл.

министраторов, Юстиниан вводит данные строгие правила. Данный тезис не является *communis opinio*, ибо со следующей эпохи сохраниены сведения о множестве комментариев и самостоятельных сочинениях, что не оказывает серьезного влияния на сохранении оригинального содержания компиляции.

Установленные в начале Принципата отношения между императорами и юристами, чья деятельность является либеральной в условиях нереспублканского режима, постепенно меняются *Iurisprudentes* из вещей знатоков права и уважаемых свободных мыслителей и профессионалов за несколько столетий превращаются в *urisperites*, связанные с императорской волей, включенные в *Consilium principis* или занимающие высшие должности в императорской канцелярии. Они уже не выражают свое личное мнение по данному вопросу, а оно воплощается в акте императора и, таким образом, получает правовую силу¹. Данная своеобразная “анонимность” постклассических юристов является результатом именно централизации законодательной администрации и судебной власти в руках императора, но и единственным выходом к объединению и стабильности права в одном государстве, объединяющее огромную территорию, различные этносы, правовые системы, обычаи, практики.

Механизм публичной власти в трех ее измерениях (потому что, обсуждая ту далекую эпоху, не следует говорить о разделении властей в том смысле, который воспринят в современности) приводится в движение юристами, которые “дают жизнь” безжизненной, твердой, неотменимой государственной воле. Они анимируют право для того, чтобы оно обняло живые отношения людей, регулировало их и менялось согласно их желаний и пользы, синхронизированные с пользами *res publica*. Невидимые рычаги их творчества внешне проявляются именно в императорских конституциях, и хотя вместе с составлением Дигестов придается правовая сила и их сочинениям с толковательным характером, которые не только являются источником сведений о развитии римской юриспруденции, но и позволяют проследить эволюцию терминологии в разные исторические эпохи до VI в.

Каждая власть содержит в себе идею реформ. Настроенные на этимологическую волну, нельзя не отметить, что термин, с латинским

¹ О взаимодействии императорской власти и юриспруденции см. монографии *Coriat J. P. Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial à la fin du Principat. Rome, 1997* и *Honore T. Emperors and lawyers. London, 1981* О некоторых новых интерпретациях и отношениях см. В более новой статье *Brutti M. Il dialogo tra giuristi e imperatori // Ius controversum e processo fra Tarda Repubblica ed età dei Severi, Atti del convegno (Firenze, 21–23 ottobre 2010), Roma, 2012, p. 97–204.*

происходом означает “придание новой, различной формы”, трансформация, перемена. Само упоминание формы в эллинском и римском философском духе означает отрицание хаоса, преодоление случайности, возвышение над единичными случаями с градивной основой в каузе. Каждая власть предлагает свое видение о реформах в одной или другой области. Начало римской Республики в 509 г. до Хр. является реформа, касающая и формы государства, и права, которое за пол столетия открывает свое обобщение и всеобщую приложимость для консолидированного римского народа — Закон о Двенадцати таблицах. Аграрные, военные, фискальные, территориальные, административные реформы следуют одна за другой во время Республики и Принципата, и Домината. И каждая из них осуществлена деятельностью юристов, называемые, как я уже говорила в начале, *iurisprudentes* — высокообразованные и начитанные люди, знатоки правовой материи, но и погруженные в судебную практику, администраторы, советники консулов, императоров и, поэтому внимательные, осторожные к каждому правовому решению, балансирующие амбиции, предвидящие последствия и устремленные к их предварительному обеспечению или нейтрализации.

Реформа Юстиниана, начавшаяся сразу после его восхождения на престол, воздвигнута как культ стабильности и универсальности права. Юстиниановы принципы и дух проходят через средневековие и воплощаются в кодификации Нового времени. Часто пренебрегнутые и забытые по историческим или идеологическим причинам ряд норм и публичного права с республиканскими традициями и идеями объединения государственности тоже включены в основы современного права. Мы едва ли задумываемся о том, что, если реформа в начале VI век введена только за 4 года (529—533 г.), то это потому что она перед этим готовилась десятилетиями и даже столетиями. Императорские конституции сохранили имена императорских сановников и самых видных судей и преподавателей права, на за ними была огромная армия сотрудников, которые обработали огромный объем актов и толковательных мнений, а также научную и дидактическую литературу, переняли опыт практики и предложили обобщенный вариант *omne ius qui utimur*.

Вряд ли Юстиниан предполагал, что его амбиции об *aeterna maiestas* римской правовой мысли пройдут почти 15 веков, чтобы о них заговорили сегодня. Но в его конституциях есть несколько основных моментов, которые действительно граничат с вечностью:

1. Каждая власть, каждая государственность крепятся на силе законов — обдуманые, основанные на практике, а также и на актуальных требованиях общества и экономики с предвидимыми последствиями;

2. Каждая реформа требует, на первом месте, организованности права, его систематизация и приведение в удобный для изучения и использования вид, с ограничением противоречий, неясноты и возможностей для произвольного толкования и аналогии — и это является целью создания Юстиниановой кодификации, при чем не только в Риме.

3. Каждая реформа требует познания права — не только судьями и администраторами, которые его применяют, но и целым народом, а для этого необходима доступность, ясный язык, организованный аппарат понятий, стабильная судебная система. Адекватная администрация... может быть во многих случаях это только пожелания, но должна быть создана позиция, к которой бы каждая власть стремилась, какие бы реформы не предлагала;

4. И не на последнем месте — для того, чтобы право исполнило свою миссию, должны быть подготовленные юристы, должна быть параллельная с законодательной и образовательная реформа. В данном процессе у “посвятивших себя праву” студентов должна быть ясная перспектива своей реализации, полная приверженность одному организованному, систематизированному процессу. Со своей стороны у “посвятивших себя праву” *magistri iuris* тоже должно быть свое место в процессе с ясными правилами обучения, но и с возможностью гибких перемен в нем, ввиду изменений в законодательстве или предложений *de lege ferenda*. Может быть будет уместно вспомнить императорские конституции, согласно которых, преподаватели рекомендуют своих студентов в конкурсах публичных и судебных должностей, но, чтобы государственная казна платила им такие вознаграждения, которых бы “им не приходилось заниматься ничем другим, кроме преподавания”¹.

По теме о предвидимости в праве в интерпретации Древнего Рима можно говорить очень много. Здесь сделан скромный опыт представить некоторые штрихи одной целой картины, которая является более полной, пестрой, наполненной образами и нюансами. Главное желание и можно их исследовать в глубину, с точки зрения различных перспектив, для того, чтобы открыть много полезного для нашего ежедневия. Можно и приложить его, следуя римской традиции и опыта — как говорят, все дороги ведут в Рим (*Omnes viae Romam ducunt*), включительно и дорога права.

¹ См. о конкурсах преподавателей см. СTh. 13. 3.5 и CJ. 10. 53 (52). 7 pr.; о приравнивании вознаграждений высших императорских служителей СTh. 14. 9. 3. 1 и CJ. 10. 37(36). 1; о удостоивании высшими титулами СTh. 6. 21. 1.

Горбань Владимир Сергеевич

*главный научный сотрудник сектора философии права,
истории и теории государства и права,
руководитель междисциплинарного
Центра философско-правовых исследований
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук*

Квалифицированный читатель или интерпретатор: об отношении исследователя к источникам познания правовых и политических учений

В данной статье выявлены и проанализированы некоторые характеристики современных подходов к проблеме отношения к источникам изучения истории политической и правовой мысли. Критической оценке подвергнуты попытки спекулировать интерпретационными практиками как конститутивным методом при анализе политических и правовых взглядов мыслителей прошлого и современности и, напротив, подчеркивается важность квалифицированного прочтения и анализа классического юридического наследия.

Представляемую проблематику можно представить в виде следующих обобщений: — история политической и правовой мысли, как научная дисциплина, должна усилить внимание к вопросам квалифицированного изучения источников и, напротив, критически понимать роль интерпретаций; — квалифицированный читатель или исследователь стремится к тому, чтобы познаваемый источник воспроизводить максимально точно в соответствии с оригиналом (а не на основании извлеченной фразы, схожего термина, схематичной типологизации для целей оправдания какой-то идеологии или классификации) и лишь затем подвергать аналитическим и иным аналогичным процедурам; — характеристики новейшей истории правовой и политической мысли с оттенками «модерна» и его производных являются в основном эстетической спекуляцией, девальвирующей и деформирующей природу и характер юридической науки, которая в «классической» форме вынуждена питать все ее «модернистские» отростки; — в логике постмодерна и метамодерна в их интерпретационной парадигме меняется сам смысл исторического знания — оно отныне не критично, вне автора, стремится не к пониманию, а к «означиванию» источников, безгранично вариативно, а интерпретатор становится равным автору; — следует отойти от «подказанной» интерпретации структуры и содержания истории политических и правовых учений и, напротив, обратить внимание на такую реконструкцию

материала этой дисциплины, которая основывалась бы на квалифицированном, а не принятом на веру, восприятии сравнительного материала в отечественных и зарубежных источниках (например, указание на создание университетов в средневековой Европе обычно трактуется как атрибут прогресса правовой мысли, хотя в действительности о возникновении юриспруденции как научной дисциплины можно говорить не раньше конца XVIII в.¹, а, например, говоря о состоянии юридической науки в США, которая со второй половины XX в. (в отсутствии конкурентов в соответствующей языковой среде) стремится к самооценке как образцовой, следует иметь в виду, что лишь в конце XIX в. в США постепенно появляются зачатки того, что называется современным юридическим образованием²).

История политической и правовой культуры, ее ментальных и духовно-нравственных характеристик, познаваемых с помощью разнообразных источников, а также способов их прочтения, составляет важнейший пласт системы знаний о праве и его роли в жизни человека и общества. Многое при этом остается еще непознанным как с точки зрения анализа уже известных источников, так и с точки зрения постановки адекватных научно-исследовательских задач. В целом историческое знание о праве имеет определенную типовую структуру, которая, как правило, довольно некритически воспроизводится в разных вариантах дисциплинарного прочтения философии права или истории политических и правовых учений. Как писал известный шведский драматург и писатель XIX в. А. Стриндберг, есть своего рода «материнское древо»³ истории философии права, которое связано с так называемой «классической традицией» философии западного мира: от античности до новейших концепций в западноевропейской и американской литературе.

При всех достоинствах западноевропейской традиции *интерпретации* истории философии права все же никак нельзя признать ее исчерпывающей, основополагающей или даже перспективной. Внутри этой традиции имеется такое количество разнообразных ответвлений, противоречивых моментов, идеологем и подходов, что воспринимать ее как образец научности истории политической и правовой мысли — не более чем заблуждение, рождающееся лишь из поверхностного знакомства с литературой и иными источниками познания

¹ *Wieacker F.* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. 3., durchgesehene Auflage. Göttingen, 2016.

² *Stevens R.* Law school: legal education in America from the 1850s to the 1980s. Chapel Hill u.a., 1987.

³ *Стриндберг А.* Полное собрание сочинений: Т. 1–15. М.: Соврем. проблемы, 1908–1912. 15 т. 1909. С. 424.

истории политической и правовой интеллектуально-нравственной культуры. Например, почти азбучной стала установка на то, что западная философия права является «прогрессивной». Но в действительности, конечно же, дело обстоит не так. Например, утверждается, что западная интеллектуальная культура склонна признавать высокие стандарты и ценности права. В качестве примера используется при этом ссылка, в частности, на правовой дуализм в философии И. Канта. Но другой соотечественник кенигсбергского профессора, К. Маркс, уверял, что все правовые идеи и ценности не более чем химера, которая должна отмереть по мере достижения очерченного им социального идеала в коммунистическом обществе. Гегель, как апологет государства, уверял в том, что идея свободы достигает своего кульминационного пункта в реальном воплощении именно в государстве. Однако спустя полтора столетия его упрекнули в том, что это восхищение повело немцев по ложному пути, а именно к торжеству национал-социализма. Кант или Гегель, возможно, и признавали некоторый набор правовых ценностей. Но как в действительности выглядела жизнь общества и государства в тот момент истории, когда они формулировали свои идеи? Насколько смысл соответствующих философских размышлений соответствовал истинному положению дел? И не был ли он вообще футуристическим проектом? Например, в Западной Европе в 1780 гг. еще выносились и приводились в исполнение приговоры о сожжении на костре за колдовство. Или в наше время, если мы внимательно и квалифицировано попытаемся проанализировать основные параметры правосознания и правовых систем в других странах, то многое на самом деле окажется не столь простым и позитивным, как это представляется некоторым исследователям. Достаточно взглянуть на практику применения права и соответствующую статистику (о состоянии преступности, об административной практике, о судебной деятельности, отчеты о состоянии дел в разных сферах общественной жизни, статистику надзорных и контрольных ведомств и т. д.). В этой связи актуализируется проблема адекватного подбора источников изучения истории права и правовой мысли и их квалифицированного прочтения.

Например, изучая влияние взглядов того или иного мыслителя, следует ответить на вопрос о том, какое употребление и хождение имела соответствующая литература, использовалась ли она при обучении юристов и чиновников и т. п. Так, говоря о влиянии взглядов К. Маркса на своих современников, нужно иметь в виду, что значительная часть его работ была опубликована лишь в 1880 гг. благодаря усилиям его друга Ф. Энгельса. Хотя, например, сопоставляя слова «интерес» и «борьба» в трудах К. Маркса и Р. Иеринга многими

авторами делались неоднократно совершенно безосновательные утверждения о симпатиях последнего в отношении классового подхода. Здесь, с одной стороны, работало стремление «означить» марксизм в области юридической теории, которая была слабо представлена в классическом марксизме, а с другой стороны, отчетливо проявляется фигура интерпретатора вместо квалифицированного читателя. В истории правовой и политической мысли под влиянием различных факторов квалифицированное познание источников часто подменяется интерпретацией. Причем, учитывая полисемантичность термина «интерпретация», складывается определенная парадигма восприятия содержания и роли политических и правовых учений прошлого и настоящего, для которой центральной смысловой единицей становится безграничная вариативность прочтения.

В отношении изучения истории политических и правовых учений просматриваются два типа мышления: одно — напоминает феноменологический подход, когда представления о праве рассматриваются в наборе высказываний на тему права безотносительно к каким-то реальным, исторически-конкретным и иным аналогичным аргументам, т. е. эволюция правопонимания как «чистая» теория; другое — пытается смотреть на проблему эволюции политической и правовой мысли с генетической точки зрения, т. е. стремясь рассматривать правовые взгляды мыслителей разных эпох с точки зрения причин и условий, связанных с их появлением, в контексте преемственного и нового, учитывая связи с предшественниками и современниками. Например, в Германии после Второй мировой войны возникла проблема «пересоздания» новой культуры политического и правового мышления. История была объявлена виновницей всех бед: мол виноваты классики, которые верили в роль принуждения и нравственное государство, в «живое» право и т. п. Один из самых авторитетных философов права последней четверти XX в. в Германии А. Кауфман писал о том, что мол «пренебрежение понятийно определенностью в праве», характерное для социологического рассмотрения права, оказалось одной из причин возникновения национал-социализма. Конечно же, это не более чем лукавство. Причины этого античеловеческого явления были связаны отнюдь не с формами политической организации и методами управления, а с глубинным первобытным и неистребимым желанием порабощения других людей и уничтожением неугодных народов. И. А. Ильин очень точно описывал эту проблему: как муштра и дисциплина приучает к внешнему соблюдению правового ритуала, правила и требования, но под этой личиной кроется сознание озлобленного раба. «В самом деле, долгая и постоянная дрессура, идущая из поколения в поколение, может приучить душу к сознательному соблюдению законной формы и законного

предела в поступках. Явная и тайная кража станет исключением, и цветок плодового дерева, растущего у большой дороги, будет спокойно превращаться в зрелый плод, задевающий прохожего; не станет самоуправства, сознательное нарушение прав будет редкостью; граждане будут еженедельно советоваться обо всем с собственным годовым адвокатом и постоянно, с особым удовольствием от законности своего поведения, тягаться друг с другом в интеллигентном, равном и справедливом суде; забудется эпоха мелких взяток и крупных хищений, и люди перестанут видеть особое удалство в безнаказанном правонарушении ... И за всем этим, внешне блестящим, правопорядком может укрываться *правосознание озлобленного раба*¹. «Своекорыстное хотение не исчезает и не искореняется от того, что встречает внешний запрет, угрозу, противодействие и даже наказание. Правда, оно приучается «не сметь» и прячется от поверхностного взгляда, но именно поэтому оно скапливается постепенно, неизжитое, неутоленное, неопределенное — побежденное, но не убежденное — и сосредотачивается в душе, окрашивая всю жизнь в оттенок сдержанного, таящегося *озлобления*. ... Так, выдрессированный раб, приученный дома к элементарной честности, не считает зазорным украсть у соседа, и уподобляясь ему, современное правосознание охотно делит людей на «наших» и «чужих», пробивая глубокие бреши в «справедливом» толковании и «равном» применении права»².

История политической и правовой мысли должна быть определенно переосмыслена на основе простого тезиса о том, что не первом месте должно стоять безусловное и даже бессознательное уважение к себе и собственному богатейшему духовному наследию. Речь, конечно же, не идет о признании того или иного подхода лучшим или менее удачным, а лишь о том, что западноевропейская правовая культура в полноценном историческом масштабе является важной, но периферией как по отношению к античной культуре, так и по отношению к взгляду на историю правовой и политической мысли с точки зрения российской истории. Было бы странно полагать, что, например, какой-нибудь восточный исследователь из Китая или Индии, опираясь на многовековую историю, будет рассматривать отдаленную западноевропейскую философию как нечто фундаментальное для освещения истории правовой и политической мысли в этих восточных странах. Специфика «идеологий Востока» хорошо показана в работе М. А. Рейснера³. Если внимательно и квалифицированно, без

¹ Ильин И. А. Общее учение о праве и государстве. М., 2006. С. 223.

² Там же. С. 224.

³ Рейснер М. А. Идеологии Востока: очерки восточной теократии. М.; Л.: Государственное изд-во, 1927.

искусственных и беспочвенных априорных восхищений, посмотреть структуру и содержание современной (например, второй половины XX в. и до наших дней) западноевропейской литературы по истории философии права (темы, последовательность изложения, структура исторического материала, источники, оценки и т. п.), то легко убедиться в том, что она целиком и полностью замкнута на себе, не допуская в сферу, очерченную четкими национально-региональными границами, никого. Немецкая философия права считает себя наследницей античности и в основном в таком двухэлементном измерении и интерпретирует всю историю философии права. Французская литература также очень контрастна по отношению к своим европейским коллегам. Например, внимательный исследователь французской литературы XIX в. легко обратит внимание на то, что французский юристы так и не смогли подобрать полностью адекватный вариант перевода немецкого термина «Rechtsstaat» («правовое государство»). Или, например, заимствованное непосредственно из французского языка слово «легитимность» использовалось в оригинальном значении, как «законность», и даже в работах немца М. Вебера. Первые переводы на русский язык работ последнего использовали такие варианты, как «законность власти», а не полуперевод «легитимность власти». Но затем под влиянием социально-политических интерпретаций термин «легитимность» получил самостоятельную прописку в других социальных науках. Это очередной раз подчеркивает потребность в квалифицированном освоении источников, а не в оголтелой интерпретации.

Английская и американская философия права также очень незначительно открыта для какого-то внятного диалога с другими традициями. Поэтому насущной задачей является бережное и внимательное квалифицированное прочтение в первую очередь собственной богатейшей традиции. Развитие истории политической и правовой мысли как научной дисциплины, а также выработка новой стратегии развития философии права, адекватной современным вызовам и общественно-политическим задачам, напрямую обусловлены преодолением навязанного «периферийного» мышления.

Знание зарубежной истории политической и правовой мысли имеет очень важное значение для понимания собственных достижений и недостатков, возможностей углубления существующих правовых знаний или для того, чтобы по возможности избегать ошибки других. Но сравнение требует действительно квалифицированного подхода. Прежде всего, исследователь должен научиться квалифицированному чтению классических источников, внимательному и объективно-критическому восприятию употребляемых слов и терминов, точному

разъяснению вкладываемых смыслов, ясному тематическому анализу источников и т. п.

Кроме того, важно также отметить, что, к сожалению, сегодняшние исследователи в России очень часто совершенно некритично воспроизводят иностранные клише вместо того, чтобы проанализировать как положительные, так и отрицательные стороны того или иного учения.

Отношение современного исследователя к историческому правоведению вызывает много нареканий и вопросов. Основной формой обращения с источниками познания истории политической и правовой мысли стали интерпретации (как конституированный метод). С конца XIX в. интерес к интерпретациям привел к созданию целой парадигмы в философии. Однако уже даже для еще непосвященного в тему исследователя должно быть очевидным, что перемещение на передний план интерпретации вместо основного (авторского) текста неизбежно приводит к тому, что центральной фигурой делается интерпретатор, а творческая эволюция правовых и политических идей ставится в прямую зависимость от интерпретаций, которые моделируются в форме конфликта разных интерпретаций и перспектив их разрешения. Есть такие мнения, что мол интерпретация не более, чем акцент на роли текста, а не автора. Но такой подход зачастую игнорирует главное: тест как познавательная единица — объект или средство, безусловно, может обособляться в некий феномен и познаваться в этом «чистом» качестве, в отрыве от автора и других причинных факторов: исторических, политических, лингвистических и других; однако же феноменологический взгляд на природу источников познания политических и правовых идей, если он замыкается на себе, делает всю историю правовой культуры призрачной, оторванной от реальности и бытия права. Многие аспекты этой проблематике уже не раз обсуждались в литературе. Например, «Философия свободы» Н. А. Бердяева¹ или «Апофеоз беспочвенности» Л. И. Шестова².

Таким образом, классика нуждается в квалифицированном читателе, а не в интерпретациях (зачастую уничтожающих смысл и автора). Интерпретация стала сознательно подслеповатой парадигмой научного мышления (Дильтей и далее; модерн, постмодерн, метамодерн). Классика контрастирует как «предшествующее» и непрерывно уступающее, а на ее место заступает цепляющийся за беспочвенность модерн, постмодерн, метамодерн («апофеоз беспочвенности»). Вме-

¹ Бердяев Н. А. Философия свободы. Смысл творчества. Опыт оправдания человека. М.: Акад. проект, 2015.

² Шестов Л. И. Апофеоз беспочвенности. М.: АСТ, 2004.

сто разъяснения объективного (всеобщего, безусловного) содержания правовых знаний, отраженных в той или иной мере в истории политических и правовых учений, становятся уместными такие характеристики, которые совпадают с эволюцией направлений и жанров в литературе и искусстве. Популярность интерпретационных подходов в эпоху «неклассической» науки и до нынешней поры (отчетливо заметно с работ Л. И. Петражицкого и далее) формируют своего рода научный экспрессионизм — выражение эмоционального состояния исследователя вместо изображения правовой действительности. Как бы экспрессионизму не скатился в кубизм, сетовал один искусствовед, и по аналогии с этим своего рода юридический кубизм ведет к тому, что деформированные, огрубленные образы правовых явлений изображаются без каких-либо элементов «светотени и перспективы, как комбинация разложенных на плоскости объемов». Например, подобного рода эстетическая стилизация легко обнаруживается в интерпретациях западноевропейскими авторами истории политической и правовой мысли в России (в частности, в популярных изданиях по истории философии права в Германии в качестве наиболее авторитетных, показательных и исчерпывающих называются *(причем лишь в виде интерпретаций отдельных фрагментов)* работы Л. Н. Толстого, Е. Б. Пашуканиса, И. В. Сталина и А. Я. Вышинского). По такой логике можно интерпретировать историю философии права в Германии, скажем, исключительно кратким обзором нигилистического отношения к праву в некоторых высказываниях И. Гете, идеи пролетарской революции К. Маркса, теории насилия Л. Гумпловича и аргументов расовой теории права в некоторых трудах К. Шмитта. И какой тогда следует ожидать результат?

Общий вывод такой, что возможность развития истории политической и правовой мысли как научной дисциплины и ее эвристического потенциала обусловлена не эстетической стилизацией или интерпретационными практиками в угоду нездоровому идеологическому оформлению преимуществ той или иной национально-региональной школы, а заключается в квалифицированном прочтении источников познания в этой области, постановке адекватных сравнительных задач, в повышении требований к отбору источников и разъяснению этого отбора (довольно странно, когда ученый сопоставляет юридическую концепцию, разработанную в полноценной теоретической форме, изложенную в одном или нескольких крупных сочинениях, например, с высказыванием другого автора в небольшом статье или письме и т. п., или, например, когда по работе малозначительного автора реконструируются особенности всей национальной юридической литературы).

Агамиров Карэн Владимирович

*старший научный сотрудник
сектора философии права,
истории и теории государства и права
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук*

Преодоление отчуждения как условие стабильности государства и гражданского общества

Отчуждение личности от государства как междисциплинарная проблема

Взаимосвязь публичной власти и гражданского общества многоаспектна. Первая является гарантом жизнедеятельности государства, предпринимает меры для защиты прав и свобод человека и гражданина, подводит под жизнедеятельность гражданского общества законодательную базу и служит залогом его безопасности, а роль гражданского общества состоит в согласовании частных и общих интересов с целью достижения гражданского согласия.

В современных условиях глобализации и виртуализации тотальное разобщение людей, их отторжение от окружающей действительности приобрело угрожающий размах. Особенное беспокойство вызывает отчуждение человека от государственно-правового пространства, его представление о публичной власти как некоем монстре, сметающем на своем пути все живое и трепетное. Вызванная хрупкостью гражданского мира настоятельная необходимость достижения между личностью и государством более или менее равновесного состояния представляется актуальной междисциплинарной проблемой философии, истории, теории, социологии, психологии права и отраслевых юридических дисциплин, а именно: философское осмысление феномена отчуждения в современном мире, его исторический контекст, теоретико-правовые основы, социальное измерение, правовая идентификация отчужденной личности как способ психологической защиты и законодательное преодоление этого феномена.

Последнее нацеливает на разработку комплекса правовых средств воздействия на политические, экономические, социальные и духовно-нравственные процессы, обеспечивающего формирование разносторонней и активной, творческой и законопослушной личности, соразмерное удовлетворение частных, групповых и общих интересов с целью преодоления политико-правового отчуждения между публичной властью и гражданином.

Отчуждение личности от государства как фактор противоправного поведения

Проблема отчуждения личности поднималась и продолжает исследоваться в трудах философов и юристов, социологов и психологов. Ж.-Ж. Руссо, Дж. Локк, Т. Гоббс, К. А. Гельвеций, рассматривая общество как институт отчуждения, квалифицировали его социальные регуляторы (право, мораль, религия, искусство, обычаи и привычки) в качестве инструментов соединения желаний разных людей в одну общую волю, которая в итоге оказывается чуждой отдельному человеку, ограниченному заданными рамками и превращенному в «дробную единицу». Завершающая стадия изолированности людей воплощается в деньгах — продукте взаимно отчужденных людей (М. Гесс. О сущности денег).

В гегелевском значении «Entfremdung» (нем. — отчуждение, отчужденность) характеризует лишь одну стадию развития мирового духа (духовной культуры человечества), связанную с антагонизмом государства и религии, «внутреннего» и «внешнего», т.е. с неразвитостью духовной культуры. Отчуждение преодолевается, снимается и сохраняется как таковое только в «памяти» человечества как предметный урок, из которого мировой дух сделал выводы. В «совершенном» государстве, проникнутым духом «подлинной религии», «Entfremdung» уже не может возникнуть.

К. Маркс переводит направление исследования отчуждения в практическую плоскость, анализируя в «Экономико-философских рукописях 1844 года» вопросы отчужденного труда, который сопровождает рабочего от акта производства и производственной деятельности (деятельное отчуждение) до конечного результата в виде отчужденного продукта труда. В этой связи, отмечает Э. В. Ильенков, неправы философы, усматривающие в категории отчуждения в ее понимании К. Марксом только абстрактно-философские аббревиатуры и «пережитки» абстрактно-философской стадии развития его взглядов, которые можно устранить из состава зрелой концепции без искажения ее подлинного смысла.

Современные исследователи методологического значения наследия К. Маркса и капиталистической экономики в эпоху глобализации А. В. Бузгалин и А. И. Колганов используют категорию «отчуждение» по отношению к социальным процессам, направленным, по К. Марксу, на преодоление эксплуатации и социальное освобождение. Нынешний мир рассматривается ими как отчуждение, в котором сущностные силы преобразующего природу и общество человека делаются чуждыми для подавляющего большинства членов общества, так как присвоены доминирующей социальной системой, исповедующей разделение труда и отношения эксплуатации, обращающей человека-творца в раба внеличностных сил.

А. Курелла подходит к проблеме отчуждения комплексно, анализируя ее философские, политико-экономические, моральные, юридические, социологические и другие аспекты, выводящие на разграничение «своего» и «чужого».

Отчуждение опутывает сознание современного человека и отстраняет его от действительности, настраивая на мрачное восприятие дня нынешнего и бесперспективность будущего. Ощущение бездушия окружающего мира и тотального одиночества смещает на периферию нормы права и морали, включая зеленый свет социальной аномии, разлагающей и дезинтегрирующей систему общепринятых ценностей и норм, оттеняющей невосторженности человека в общественных институты. В этой связи Ю. А. Тихомиров включает риск социального отчуждения в объект юридического прогнозирования, представляя его как результат недостаточного учета или анализа поведения социальных структур и общественных институтов, а отчуждение граждан от власти рассматривает как важнейшую проблему регионального и мирового масштаба, требующую безотлагательного решения.

На службе и в семье, в общественных и межличностных отношениях угнетенное сознание современного разобщенного *homo sapien* уводит его в унылую эфемерность, выход из которой он пытается найти в социальных сетях и скайпе, электронной и смс-переписке, прочих инструментах удаленного общения, нередко способствующих трансформации отчуждения в электронное рабство как завершающую стадию социальной аутизации в эпоху постинформационного общества. Не стоит, конечно же, сгущать краски, в этом мире много позитива и радости, однако следует признать, что проблема отчуждения людей друг от друга никогда так остро не стояла, как в наш век глобальной информатизации.

Отчуждаясь от государства и общества, человек утрачивает чувство принадлежности к этому миру, его одолевают беспокойство и всевозможные фобии. Тревожность не является беспредметным страхом: чувствительная личность ощущает приближающуюся опасность подсознательно и заменяет реальное сопротивление угрозе эмоциональным напряжением, выплеск которого может повлечь за собой отклоняющийся поведенческий акт.

При этом поведение отчужденной личности может и не носить противозаконного характера, а выражаться в незапрещенных правовыми нормами бытовом пьянстве, аморальных поступках и пр., а то и вовсе отличаться созидательной творческой креативностью (как пример — стиль жизни великого нидерландского художника Винсента Ван Гога, постоянно пребывавшем в пограничном состоянии, вдохновлявшем его на творчество). Однако в подавляющем большинстве необустроенность человека является причиной именно противоправного по-

ведения, и в этой связи задача полноценного вовлечения личности в социальную действительность и переориентации ее на позитивные грани бытия является первостепенной задачей публичной власти и гражданского общества.

Отчужденная личность и неправовой закон

Публичная власть обладает монопольным правом на законодательство, и от того, как она его использует, зависят судьбы миллионов людей. Издавая нормативные правовые акты, публичная власть позиционирует себя в качестве определителя связи между необходимым и желательным, так как именно она выбирает из массы законопроектных вариантов наиболее, с ее точки зрения, подходящие. Право предполагает преодоление стены отчуждения, стремящейся установить между господами и рабами действительное различие, указывающей при этом в качестве виновницы политического неравенства природу, и направлено на индоктринацию социальных обязанностей — воспитание в духе социальной (в том числе политико-правовой) активности и ответственности одновременно.

Активность выражается в способности индивидуальных субъектов публичного права к энергичным, целенаправленным и избирательным действиям 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, взглядов и установок. Ответственность предполагает адекватное и сдержанное восприятие действительности субъектами права, претворяющими правовые предписания в жизнь посредством правомерного поведения. Субъекты-частные граждане используют предоставленные управомочивающие предписания и исполняют обязывающие предписания (активная форма правового правомерного поведения), воздерживаются от реализации управомочивающих предписаний и соблюдают запрещающие предписания (пассивная форма правового правомерного поведения). Соответственно субъекты — государственные организации и должностные лица призваны обеспечить реализацию гражданами управомочивающих предписаний, исполнение обязывающих предписаний и соблюдение запрещающих предписаний (в двух последних случаях включается механизм принуждения и ответственности).

Справедливый (правовой) закон направлен на предупреждение и преодоление отчуждения на всех его направлениях, среди которых можно выделить: отчуждение от участия в политической жизни (от выборов, от обсуждения законопроектов и пр.); отчуждение от правового общения, перерастающее в правовой нигилизм и его высшую стадию — отчуждение от уголовного законодательства и становление на преступный путь; отчуждение от собственности (неприятие част-

ной собственности, возведение в абсолют уравнительного принципа распределения, синдромы «классового врага» и «классовой солидарности» и пр.); отчуждение от труда и от работодателя; отчуждение от духовно-культурной сферы; отчуждение от семьи и родственных связей; отчуждение от самого себя (самоотчуждение) и его высшая стадия — самоубийство.

Уровни отчуждения можно подразделить на начальный, средний, глубокий и необратимый, и законодатель призван ставить заслон на пути перевода отчуждения из одного уровня в другой, предупреждать правовые риски, связанные с отчуждением, выставлять т.н. прогностические буи (метки) отчуждения (юридическое прогнозирование как средство преодоления отчуждения), за которыми наступают антиправовые последствия. Низкий минимальный размер оплаты труда, явно не соответствующие стоимости жизни пенсионные выплаты и социальные пособия (на детей, по инвалидности, безработице и пр.), фактическое отсутствие достойных бесплатных медицинских услуг, армия безработных, пенсионная реформа и пр. — это и есть прогностические буи, за которыми отчуждение «между дворцом и площадью» может вылиться в отчуждение на площади.

Являясь интегральной характеристикой представителей индивидуалистического общества, свидетельствующей об их оторванности друг от друга и от общества в целом, отражающей глубокие и болезненно переживаемые ими расхождения в мыслях, чувствах и поступках, отчуждение обнаруживает неодинаковость индивидов, стремящихся к преследованию своих собственных целей. Основу же отчуждения, по мысли А. А. Ивина, составляют отсутствие в открытом обществе долговременной цели, преобладающей над другими его устремлениями, и несовместимая с глобальной целью частная собственность.

На повестке дня — преодоление отчужденности общественного бытия, подчиняющего личностные интенции человека внешним, чуждым для него силам, понизывающего этот мир вообще и его российское подпространство в особенности отношениями отчуждения, превращающего труд соседей, родителей, детей, государство и Родину в нечто чужое и чуждое, и это понимают рабочий и учитель, врач и представитель «офисного планктона». В этом плане окончательное снятие отчуждения выводит на задачу формирования таких условий труда и образования, внутри которых каждый индивидуум, а не только некоторые из них, сможет достичь подлинно современных высот духовно-теоретической, технической и нравственной культуры; лишь тогда он превратится в подлинного, а не формального хозяина созданного в рамках «отчуждения» мира культуры. В этом смысле преодоление отчуждения можно рассматривать как новую цепь актов воспитания и самовоспитания народа, сопровождающих процесс создания ново-

го, базирующегося на общественном труде хозяйства и непрерывно демократизирующегося государственного устройства как условий свободной и счастливой человеческой жизни и приобщения людей к богатствам искусственного окружающего мира.

При этом автор солидарен с А. В. Поляковым в том, что коммуникативная теория должна быть свободной от идеологической ангажированности, так как существующие в современном мультикультурном мире ценности не могут быть выстроены по единообразному шаблону, отделяющему истинные ценности от неистинных, но возражает против посыла, в соответствии с которым идеологизированные правовые теории, сужающие набор ценностных предпочтений, имеют меньшую научную значимость. Есть непреходящие ценности добра и справедливости, правды и честности, солидарности и товарищества, и если в государстве утверждается идеология, исповедующая эти начала, то ее следует только приветствовать. Автор убежден, что российское общество давно ждет провозглашения идеологического конструкта, способного, по мысли М. А. Супатаева, претендовать на объединение разнородных методологических и идеологических концептов правопонимания и дать целостное представление об обществе и праве (в качестве возможного примера он отводит новому идеологическому феномену роль, которая принадлежала в юридической науке времен СССР пусть ограниченной по своим эвристическим возможностям, но вполне добротной теории общественно-экономических формаций).

И хотя согласно ч. 2 ст. 13 Конституции Российской Федерации никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной, целостная идеологическая доктрина, свободная от политической ангажированности и сиюминутных потребностей, соединяющая гуманистические и патриотические начала, отражающая место и роль Российской Федерации в современном многополярном мире, может стать цементирующей основой взаимодействия государства и гражданского общества и духовной мобилизации самых широких слоев населения, пребывающих сегодня в достаточно разорванном и отчужденном состоянии. Желание и потребность отстаивать ценностные ориентации и идеалы определяют социокультурное бытие человека и его жизненное предназначение.

Прогностическое значение подобной идеологической стратегии для преодоления отчуждения в том и состоит, что она, будучи мостиком от духовных чаяний людей к их прогрессивным правовым устремлениям в виде правовой идеологии, служит в итоге нормативным вектором, определяющим движение правовой системы в сторону законодательной упорядоченности социального взаимодействия. Будучи, по сути, нормативной, идеология предлагает идеал, который нужно реализовать. Она не является чистым сознанием, и создавае-

мые ею идеи и ценности могут приказать перейти к действиям, т.е. к воплощению в нормативных правовых актах.

Нормативное преодоление отчуждения человека от государства как операциональной (упорядоченно-последовательной) парадигмы законодательного хаоса и совершенствование законодательного массива должно вестись по всем направлениям жизнедеятельности: цивилизационной, инвестиционной, управленческой, политической, экономической, социальной, духовной, мобилизационной, идейно-воспитательной, патриотической с целью повышения коэффициента когерентного соответствия между субъектами права как оператора конъюнкции безконфликтного правового общения.

Жизнь современного человека — это его бегство в бесконечном пространстве от всепоглощающего времени с контейнером эфемерных желаний, котомкой реальных возможностей и полупустым узелком результативных свершений, и право призвано реализовать имманентно заложенные в нем аскрипции, стержнем которых является ожидание (ощущение) справедливости.

Бочкарев Сергей Александрович

научный сотрудник

Института государства и права РАН

доктор юридических наук

Знание как онтологический базис права и фактор его стабильности

Введение

Актуальность вынесенной в заголовок монографии темы не вызывает сомнений. На пороге XX—XXI вв. право столкнулось с модифицированной реальностью. О качествах этой реальности идет много споров. Несмотря на незавершенность дискуссии, всем очевидно, что пришедшая из будущего реальность, основанная на высоких технологиях, характеризуется неустойчивостью прежде всего экономических и политических пространств. Бушующие здесь «штормы» имеют глобальный, региональный и локальный уровни.

В этом контексте обращение к праву как фактору стабильности выглядит вполне закономерным. Стремясь достичь равновесия в сложившейся обстановке, специалисты активно дискутируют о роли права в протекающих процессах и его потенциальной возможности нормализовать условия общежития. Они ищут ответы, по сути, на два ключевых вопроса: как право обеспечивает свое уравнивающее воздействие? И что в праве необходимо изменить, чтобы оно стало эффективным инструментом стабилизации социума?

Эти вопросы не новы для истории права. Но с учетом современной специфики на них даются, как правило, два ответа. А именно либо с позитивистской позиции право рассматривается как фактор социальной стабильности, имеющий наивысший регулятивный потенциал и реализующийся через властное принуждение и нравственно-этическое ориентирование; либо на основе философско-антропологического подхода указывается на то, что право является далеко не основным, а только дополнительным организационно-управленческим средством, призванным уравнивать и при необходимости блокировать деструктивные проявления в поведении человека.

В итоге одни специалисты рекомендуют для исправления ситуации в социальной сфере улучшать качество нормативно-правовых актов и повышать уровень морально-этического отношения к праву со стороны общества¹. Другие предлагают прекратить низводить право

¹ См.: Максименко М. В. Право как фактор стабильности современного российского общества: Автореф. дис. ... канд. фил. наук. Ставрополь, 2010.

до уровня машины, производящей единообразные формы из весьма разнообразного материала человеческого поведения, и приступить к формированию новой мировоззренческой парадигмы права через коренной пересмотр правовых критериев оценки узловых мировых проблем¹.

Нестабильность права и знания о праве

Однако на фоне гиперактивности возникших трансформаций обнаружилось, что, как и другие социальные регуляторы, право само переживает кризис. Действующие правовые механизмы и принципы юридической оценки реальности не справляются с решением традиционно стоящих перед ними задач. Как известно, дошло до того, что было объявлено о крушении правовых ценностей, традиций, систем и правопорядка в целом².

Критическое состояние права поставило ряд первоочередных вопросов, которые в науке пока недооцениваются. Между тем их актуализация сдвигает ранее обозначенные проблемы на второй план. Главным предметом обсуждения становится вопрос о том, что или кто в праве обеспечивает его стабильность. При каких условиях и обстоятельствах право утрачивает устойчивость либо само начинает производить беспокойство? В ком или в чем состоит его опора? Каково состояние этой опоры? Что привело базис к стагнации — критические перегрузки или его целенаправленный демонтаж?

Поиск ответов в этой дискуссии ведет к субъектам права, правосознание которых формирует и образует собой парадигму индивидуального и коллективного поведения. Эти субъекты к XXI в. существенно изменились вслед за всей культурой, при этом каждый — по-своему. У одних появились новые сферы самовыражения (например, сеть Интернет), у других возникли заботы в области обеспечения условий безопасного и справедливого сосуществования в модифицированных форматах жизнедеятельности. Но есть то общее, что, несмотря на разность статусов и интересов, связывает всех субъектов права, обеспечивая их коммуникацию и взаимопонимание. Речь идет о знании. Оно — искомый базис права, неотъемлемо и естественно включающий в себя, помимо самого знания, проблемы ясного осознания и надлежащего познания социальной реальности.

Неслучайно сегодня знание в целом и знание о праве в частности подвергается активным атакам. Особенно в этом деле преуспели постмодернисты. Они не скрывают, что занимаются его низверже-

¹ См.: *Гриценко Г. Д.* Право как социокультурное явление: Философско-антропологическая концепция: Автореф. дис. ... докт. фил. наук. Ставрополь, 2003.

² См.: *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 48.

нием. Классической рациональности, ориентированной на истину и объективность познания внешнего мира, детерминированность, универсальность, целостность, завершенность и непротиворечивость научного знания, противопоставили постклассику. Точнее говоря, классике противопоставили антиклассику с ее неопределенностью, неполнотой и неverifiedируемостью, с амбивалентностью и случайностью человеческого существования. То есть все то, что образует релятивизм, который К. Поппер назвал «главной болезнью философии нашего времени»¹, В. А. Лекторский подтвердил актуальность этого тезиса и распространил патологию на всю гуманитарную науку, где последовательное проведение релятивистской установки влечет отказ от таких фундаментальных ценностей культуры, как ориентация на поиск истины и получение знания, рациональность, необходимость осмысления мира и человека в нем².

Ключевой идеолог постмодерна Ж.-Ф. Лиотар заявил, что знание впредь производит не знание, а оттачивает чувствительность к различиям и призвано усиливать способность выносить взаимнесоразмерность³, иными словами, не выполнять социально-эпистемологические функции, а достигать конкретных политэкономических целей. Знание, основанное у постмодернистов на принципах децентрализации и локализации, не дает сознанию возможности сосредоточиться и включиться, реализовать свои антропологические функции, которые служат обеспечению единства личности и сродства между человеком и миром и укоренены, по С.Л. Франку, «в почве реальности»⁴. Такой подход к знанию препятствует функционированию мышления, которое, как отмечал И. Кант, всегда есть собирание многообразия в единство⁵.

Неслучайно и то, что сегодня в ответ на эти посягательства многие науки обратили на знание особое внимание и внутри себя организовали прямо противоположное движение. Пользуясь поддержкой философии, они подошли к феномену знания поближе. Это утверждение может показаться парадоксальным или даже несостоятельным, ибо известно, что наука, являясь неотъемлемой и весомой частью всего знания, никогда с ним не расставалась. В свою очередь, философия

¹ Поппер К. Открытое общество и его враги / пер. с англ.; под общ. ред. В. Н. Садовского. М., 1992. Т. 2. С. 441.

² Релятивизм как болезнь современной философии / отв. ред. В. А. Лекторский. М., 2015.

³ См.: Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна / пер. с фран. Н. А. Шматко. М.: Алетейя, 1998. С. 12.

⁴ Франк С.Л. Реальность и человек. Метафизика человеческого бытия. Париж, 1956. С. 378.

⁵ Кант И. Критика чистого разума // Кант И. Сочинения: В 6 т. М., 1964. Т. 3. С. 586.

как определенный способ мировосприятия и тип знания с древних времен имеет дело со знанием как одним из основных объектов своего познания. Эволюционируя от эпохи к эпохе, философия в основном ведет речь о знании, о знающих и незнающих субъектах.

Вместе с тем вся эта аргументация не опровергает, а подтверждает тезис о том, что философия на протяжении всей своей длительной истории занималась познанием знания, его исследованием в самых разных социальных контекстах и жизненных экспериментах. В итоге под грузом накопленной о знании информации она обрела представление о подлинном масштабе этого феномена и сегодня сигнализирует о том, что предмет наблюдения уже не является прежним. Философия осознала, что существенно недооценивала знание, а посвященный ему термин не отражает его реальное значение, определяя знание лишь как результат познания чего-либо. Философия увидела в знании, говоря словами М. Горького, абсолютную ценность нашего времени¹ и то, как писал С. Франк, что «мы хотим знать, чтобы жить, а жить — значит... жить не в слепоте и тьме, а в свете знания»².

На современном этапе философия переходит от осознания реального формата знания к его познанию в новом качестве. Что это за формат и в чем заключается его модифицированное качество? Какова роль знания в жизнедеятельности человека и человечества в целом? Для осмысления этих и других вопросов в ведущих отраслях науки появились новые направления. В философии — эпистемология (или философия знания), в экономике — экономика знания, в социологии — социология знания. Если поначалу в философии о знании вели речь как о форме социальной и индивидуальной памяти, то сейчас о нем заявляют как о фундаментальной онтологической структуре³. Если ранее в экономике знание относили к одному из многочисленных секторов экономики, то недавно этим термином начали именовать тип экономики⁴. Если в социологии исходно исследовались социальные предпосылки знания, то по мере развития представлений о масштабе этого явления социология скорректировала предмет своего познания, обнаружила и стала изучать «общество знания»⁵.

¹ См. подробнее о значении и силе знания у М. Горького (*Горький М.* Собрание сочинений в тридцати томах. Т. 24. М.: Гослитиздат, 1949).

² Франк С. Л. Смысл жизни. Берлин, 1936. С. 19.

³ См.: Касавин И. Т. Пространство: бытийственная основа знания // Эпистемология и философия науки. 2008. Т. XVIII. № 4. С. 14.

⁴ См.: Макаров В. Л. Экономика знаний: уроки для России // Вестник Российской академии наук. 2003. Т. 73. № 5. С. 450.

⁵ См.: Шульц В. Л. Социология знания: история и методология. М, 2006. С. 25—43; Тощенко Ж. Т. Новые тенденции в развитии российской социологии // Социологические исследования. 2013. № 4. С. 3—13.

Состояние знания в правоведении

В правоведении обстановка сложнее. На фоне тотального релятивизма зарубежные юристы задаются рядом вопросов. Действительно ли сегодня благоприятное время для производства знаний? Действительно ли сейчас самое время искать аподиктические определенности? И надо ли полагаться на отточенные в прошлом методологические средства? Или, спрашивает П. Шлаг, в период всепроникающего и нескончаемого потока информации, когда социальные и экономические события значительно опережают наши интеллектуальные усилия, направленные на их осмысление, а выработка какой-либо стратегии в области производства знаний кажется неуместной, нужно заниматься чем-то противоположным — а именно экспериментированием и творчеством?¹ Другие юристы, пренебрегающие эпистемологической темой, не задаются поставленными вопросами и при производстве знаний не затрагивают аспект издержек, сопровождающих этот процесс. Как следствие, они производят подобие знания, не отличающееся глубиной и наличием смысла.

Заинтересованные специалисты обратили внимание, что не только в правоведении, но и в правотворчестве и правоприменении многое напрямую связано с наличием или отсутствием знания, его качеством и количеством. Появились примеры восприятия, например, судопроизводства как эпистемологического события. Основанием для формирования такого подхода послужило обнаружение того, что сначала мы хотим, как отметил М. Пардо, чтобы судьи познали причины и обстоятельства происшествия. Затем стремимся понять, что судьи узнали в результате разбирательства. Далее выясняем обстоятельства, при которых суд получил соответствующее знание, и условия, на которых ему был обеспечен доступ к этому знанию². Также исследователи указывают, что сама по себе истина не является конечным результатом и самодостаточным условием правоприменительного процесса. Право должно полагаться только на ту истину, которая основана на знании и является продуктом познания. Если право опирается на любую истину, то оно становится зависимым от так называемых случайных или ложных истин и, как следствие, само преобразуется в явление спорадического порядка.

Очередным поворотом на пути становления эпистемологии права стало ее развитие в основном в сфере процессуального права. Связь

¹ *Schlag P.* The Knowledge Bubble — Something Amiss in Expertopia / Justin Desautels-Stein and Christopher Tomlins (editors) // *Search of Contemporary Legal Thought*. 2016. December 14. URL: <https://ssrn.com/abstract=2741144>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2741144> (дата обращения — 20 августа 2021 г.).

² См.: *Pardo M.S.* The Field of Evidence and the Field of Knowledge // *Law and Philosophy*. Vol. 24. 2005. July. URL: <https://ssrn.com/abstract=691703> (дата обращения — 25 августа 2021 г.).

между двумя этими областями имеет давнюю историю¹. К материальному праву, также нуждающемуся в верной и выверенной истине, эпистемологический взгляд подходит менее активно. В свет вышло незначительное число работ, в которых отмечается, что для выявления и определения ценностей, требующих защиты, право нуждается не только в приказании, но и в знании. В связи с этим особую значимость приобретает эпистемология, позволяющая разобраться с конкурирующими аргументами о необходимости криминализации тех или иных действий, определить исходные данные точек зрения и их конечные цели, сопоставить с разрешаемой в реальной жизни криминальной ситуацией, т. е. верифицировать высказанные позиции и дать заключение о достоверности и применимости предложенного ими уголовно-правового решения.

В отечественном правоведении ситуация сложнее. В основном наблюдается рефлексия над знанием в ее эмоциональном, еще не рационализированном виде. То есть активно идут отсылки к знанию, но сосредоточение вокруг него не происходит. Правоведы нередко указывают на неудовлетворительное состояние знания, когда говорят о причинах стагнации права. Д. А. Керимов, в частности, указал на кризис российского правоведения и связал его происхождение, помимо прочих факторов, с бессмысленным оперированием «устаревшими знаниями»². В. Н. Кудрявцев подошел к вопросу шире и заявил о глубоком кризисе всего обществоведения. Ученый призвал овладеть богатством «современного знания» и отойти от стереотипов, прежде всего на идейно-теоретическом и методологическом уровне, уйти от догм и постулатов, оказавшимися ложными и односторонними. Для выхода из кризиса предложил изменить угол зрения на предмет исследования, избавиться от ограничений и деформаций, сохраняющих в этой плоскости³.

В теоретических разработках конкретных отраслей права появились упоминания о гносеологии и эпистемологии права. По случаям использования терминов в различных контекстах можно судить о том, что отечественное правоведение далеко от целостного понимания существа знания и его значения для права. Исследователи не выходят за пределы узкой и тривиальной ассоциации знания исключительно

¹ См.: *Allen R. J., Leiter B.* Naturalized Epistemology and the Law of Evidence // URL: <https://ssrn.com/abstract=293732> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.293732> (дата обращения — 18 августа 2021 г.); *Greenberg M.* Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law // *Law and Philosophy*. 2011. May 20. URL: <https://ssrn.com/abstract=987523> (дата обращения — 20 августа 2021 г.).

² См.: *Керимов Д. А.* Избранные произведения: В 3 т. М., 2007. Т. 2. С. 224.

³ См.: *Кудрявцев В. Н.* Избранные труды по социальным наукам: В 3 т. М., 2002. Т. 1. С. 237.

с правоведением. Гносеологию чаще сводят к проблемам методологии, т. е. связывают с дилеммами производного порядка. Таким образом, перехода на иной уровень, где не знание рассматривается в составе и на фоне права, а право оценивается на фоне знания как более глубоко укоренного в бытии феномена, не наблюдается.

В итоге, как видим, эпистемология стала предметом дискуссии среди юристов. Правоведы постепенно начали приходить к убеждению в том, что выявление сущности права невозможно исключительно за счет онтологического и аксиологического выбора. Необходимо еще эпистемологическое решение, обеспечивающее их коррелятивность и непротиворечивость. Вместе с тем наука не подводит право ближе к знанию. Тем более она не совершает попыток рассматривать знание в качестве формы бытия и формы права в частности, о чем заявляет философия. Наука не переводит правоведение в иное измерение, поскольку в ней не наступило понимание того, что знание, как писал К. Эмерих, «полагает себя как бытие, а бытие исполняет себя как знание»¹ и, как отмечал Ж. П. Сартр, что знание «пронизывает нас насквозь и определяет наше место...»².

Генезис российского правоведения вне знания и сознания

Основы современной теории права и ее отраслей получили развитие, как известно, в XVIII—XIX вв. преимущественно на базе классической, социологической и антропологической школ. Считается, что с тех пор правоведение прошло в научно-практическом плане немалый путь и за этот период сформулировало те категории и понятия, которые приобрели свойства универсальности и максимальной обобщенности. Уверовав в достижение некоего теоретического универсума, специалисты стали широко издавать литературу с заголовками «Общая теория права», «Общее учение о государстве», «Общая теория квалификации преступлений» и т. д.

На самом деле никакой универсализации не было и не могло быть, поскольку любая теория есть всегда теория определенного и ограниченного набора идей, основанного на конкретной логике их взаимопостроения. Несмотря на то что в науке о праве формально проходила борьба различных течений, на содержательном уровне неизменным оставалось и до сих пор остается то, что каждое из них получило путевку в будущее в период активного развития представлений о феномене воли, одним из конечных продуктов которой стала волевая теория права. При этом познание этого феномена отразилось на самой науке.

¹ *Корет Э.* Основы метафизики / пер. В. Терлецкого. Киев, 1998. С. 67.

² *Сартр Ж. П.* Проблемы метода. Статьи / пер. с фр. В. П. Гайдамака. М., 2008. С. 13.

Правоведение впитало и на долгие времена задержало в себе составляющий волю терминологический тезаурус. Правоведение получило семантическое насыщение множеством входящих в него значений. Каждое из них и все вместе они сообща акцентируют внимание науки на динамическом моменте воли, передают «волевые» смыслы, демонстрируют момент выбора или «движения души», ее готовность чего-то лишиться или что-то приобрести, совершить поступок. В итоге науку о праве наряду с другими дисциплинами включили в состав поведенческих. К их предмету отнесли познание поведения человека в обществе.

Крен в сторону волевого элемента привел к смещению на второй план сознательного момента. Доказательством тому служит учение о преступлении, представляющее ядро науки уголовного права. Согласно этому учению все событие криминального происшествия рассматривается с позиции состава преступления как общественно опасного и запрещенного законом деяния. Сознание как нечто самостоятельное в этом учении не представлено. Оно встроено в конструкцию деяния, где ему среди прочих элементов отведено рядовое место в составе субъективной стороны преступления. В результате не преступление рассматривается с высоты сознания, а сознание оценивается с позиции волевого акта. Сознание и знание о нем востребовано лишь в том объеме, в котором это необходимо для объяснения механики преступного поведения и выяснения его причин. Принимая это во внимание, учение о преступлении, а через него и все уголовное правоведение можно отнести к одному из направлений бихевиоризма, изучающего все поведение с позиции рефлексов и реакций на определенные стимулы в среде.

Еще одним доказательством нивелирования значения сознания выступает теория квалификации преступления, имеющая ключевое значение в практической деятельности органов юстиции. Согласно определению В. Н. Кудрявцева, «квалифицировать — значит отнести некоторое явление по его качественным признакам, свойствам к какому-либо разряду, виду, категории. В области права квалифицировать — значит выбрать ту правовую норму, которая предусматривает данный случай, иными словами — подвести этот случай под некоторое общее правило. Квалифицировать преступление — значит дать ему юридическую оценку, указать соответствующую уголовно-правовую норму, содержащую признаки преступления»¹.

Эта дефиниция, как видим, переполнена глаголами. Каждая ее часть содержит указание на действие. Но автор не раскрывает, как правоохранитель должен «относить» некоторое явление к какому-либо разряду; каким образом «выбрать» правовую норму; каким способом

¹ Кудрявцев В. Н. Указ. соч. С. 237.

«предусмотреть» данный случай и «подвести» его под общее правило; за счет чего «дать» юридическую оценку и с помощью каких средств «указать» на уголовно-правовую норму, соответствующую признакам преступления.

В уточнении правоведа прояснено немногое и вновь акцент сделан на волевые акты. Ученый попытался конкретизировать свою позицию, но в итоге в очередной раз ассоциировал процесс квалификации с обезличенным набором действий: указал на «работу органа дознания», «выбор соответствующей нормы», «сопоставление признаков преступления с признаками совершенного деяния» и «построение вывода»¹. Только в одном случае он сослался на «изучение» обстоятельств дела, которое в некоторой мере можно связать с ушедшим на второй план сознательным элементом.

Во всех определениях просматривается одна и та же картина. Вовлеченность сознания в процесс квалификации и способность сознания влияния на эту процедуру не отмечены. Отношение к сознательному элементу выражается как к чему-то подразумеваемому, чем можно пренебречь или оставить за скобками. Можно подумать, что процедура юридической оценки совершается механически. Дефиниции сформулированы таким образом, как будто процесс квалификации совершается вне сознания, без сознания и не для сознания как единственно истинного субъекта правоправления, правотворчества и правоприменения. Как будто установление признаков преступления осуществляется без знания о запрещающем его законе, вне знания о событии происшествия и не для получения знания о наказуемости лица. Как будто возможно что-либо определить в юридическом пространстве без применения средств познания личности виновного и его отношения к содеянному, без изучения объекта посягательства и степени его значения для общества. Или как будто теория и все законодательство не являются знанием как результатом познания социальной реальности.

В дефинициях, выполненных по правилам волевой теории права, в конечном итоге упускается, что процесс и исход квалификации зависит не только от череды действий, порожденных мускульным движением и центробежным нервным током, но и от того, кто их совершает, каким он располагает знанием и какие методы познания применяет на месте происшествия. До сих пор, иными словами, в уголовном правоправлении сильны позиции Э. Ферри, который утверждал, что «человек действует так, как он чувствует, а не так, как он думает». «Тут не может быть и речи, — настаивал мыслитель, — об исключительной привилегии человечества, о вмешательстве силы нравствен-

¹ Кудрявцев В. Н. Указ. соч. С. 239.

ной свободы, которая являлась бы чудесным исключением в общем строе происходящих в мире деятельностей»¹.

Знание как онтологический базис права

Выясняется, таким образом, что наука не оценивает состояние базиса права и не отслеживает его положение в структуре предпосылок кризиса самого права и социальной нестабильности в целом, так как не имеет о нем должного представления. Вместе с тем укорененность права в знании имеет гносеологическое, онтологическое и аксиологическое обоснования.

Гносеологический аспект

Введение в право в полноценном виде и объеме феномена «знание» ведет к ряду последствий. *Во-первых*, к появлению в орбите права не менее масштабного и глобального, чем само право, явления бытийного порядка. *Во-вторых*, к возможности выхода с помощью названной категории за пределы узкой и тривиальной ассоциации знания исключительно с правоведением. *В-третьих*, к переходу в более широкую плоскость, где не знание рассматривается в составе и на фоне права, в качестве его спутника, а право оценивается на фоне знания как более глубоко укорененного в бытии феномена.

Посредством изменения ролей в паре «знание — право» осуществляется смена полюсов в правовой парадигме, обеспечивается обращение к знанию в его реальном масштабе, достигаются формирование и институализация представлений о знании как сфере реализации права. Здесь знание выступает субстратом, а право — его акциденцией, знание — формой, а право — ее содержанием. В этом формате право выступает как эмбрион, а знание — как его утроба, в которой право зарождается, формируется и живет по законам самого знания. Впредь не знание складывается и раскладывается по канонам права, когда не соответствующие традиционным представлениям о нем суждения исключаются из правоведения или остаются невостребованными. Картину права предлагается составлять и переживать в жизни по логике и правилам самого знания, которые подчинены единственной цели — обеспечению его полноты как условию истинности и достоверности.

Поскольку «знание есть путь от хаоса к космосу, от тьмы к свету...»² (Н. А. Бердяев), то отождествление права с категорией знания прежде всего ведет к пониманию права как способа познания реальности и закономерностей ее функционирования. Действуя как средство раз-
узнавания, право реализуется как юридическое восприятие и особого

¹ Ферри Э. Уголовная социология. М., 1908. С. 296.

² Бердяев Н. А. Философия свободы // Бердяев Н. А. Философия свободы. Смысл творчества. — М., 1989. С. 80.

рода мышление. В ходе этого процесса реальный мир рассматривается через юридический концепт, представляющий собой систему общезначимых ценностей и набор правил оценки действительности. Как следствие, мы получаем знание, например, об уровне конфликтности разных социальных групп в обществе, о степени распространенности в них экстремистских и иных криминогенных настроений, а в целом — об уровне цивилизованности конкретного социума. Затем обретенное знание реализуется в жизни через применение на практике соответствующих этому знанию правовых средств и методов общественного регулирования и примирения.

Знание предлагает не ограничивать процесс познания права исследованием взглядов на него субъектов правоотношений. Тем самым отстает оценка состояния права с точки зрения субъектов знания. Продвигается изучение влияния качества знания на качество право-ведения, правотворчества и правоприменения. Первоинтерсом субъектов правоотношений становится не столько сам возникший между ними конфликт как реализовавшееся в пространстве и во времени событие, а знание о мотивах, причинах, механизме и последствиях деликта, которое им необходимо для получения нового знания о справедливом способе, месте и времени его разрешения. Также обнаруживается, что знание не ставит под сомнение формальное равенство всех перед законом как основной и абсолютный принцип права. Однако отмечается, что самого по себе этого принципа недостаточного для реализации права в реальной жизни. Его исполнимость зависима и уязвима от качества знания об этом принципе, о месте и условиях его реализации. Дееспособность лица обусловлена не только и не столько его антропологическими данными, сколько состоянием имеющегося у него знания. Без знания о наличии у него того или иного правомочия лицо не сможет им воспользоваться¹.

Онтологический аспект

К трем основным формам бытия В. С. Соловьев, наряду с чувством и деятельной волей, отнес знание. Оно является в его понимании образующим началом общечеловеческой жизни, поскольку

¹ В этом смысле показателен, в том числе для практической юриспруденции, пример Н. А. Бердяева, который вопросы знания и гносеологии в целом рассмотрел в рамках философии свободы. В «Философии свободы» как одном из своих основополагающих трудов мыслитель, во-первых, связал свободу и знание, а во-вторых, выразил свои представления о свободе через идею раскрепощения знания. Для право-ведения важный посыл философа состоит в том, что свобода, как и любая другая охраняемая правом ценность, прежде всего означает определенное состояние мышления субъекта об этом благе, его предрасположенность и готовность о нем мыслить (см.: *Бердяев Н. А. Философия свободы / сост., вступ. ст. и коммент. В. В. Шкоды. М.; Харьков, 2004. С. 27).*

имеет своим предметом объективную истину¹. Через знание, сообщил Н. А. Бердяев, бытие совершает акт самопознания и самораскрытия, расчленения и оформления, проходит путь от хаоса к космосу, от тьмы к свету. С помощью знания бытие в итоге просветляется и «побеждает безумие хаотического распада», «становится более истинным». Знание и бытие, как видим, отождествляются мыслителями. При этом делается это не спекулятивно и не априорно, а доказательно. Проведенное ими сравнение позволило обнаружить, в частности, что «то расчленение, и дифференциация, и объединение, и синтезирование, которые даны в знании, совершаются в самом бытии...». И наоборот, как писал философ, «в самом бытии происходит то, что происходит в знании...»².

Бытийное происхождение знания тем интересно праву, что через обнаружение себя в знании и знания в себе оно получает легальные основания для отношения к феноменам онтологического порядка и возможность для преодоления невысокого о себе мнения позитивистов, считающих право предприятием во многом рукотворным и искусственным. Через категорию знания право получает не произвольное, а закономерное притяжение к человеку и антропологическое обоснование, поскольку оно производно от сознания и без сознания как единственного источника своего питания невозможно. Если в большинстве позитивистских школ человек получает место служителя или, в лучшем случае, выразителя права, то знание ведет право к человеку и человечеству, для которых знание является не только продуктом мышления, всецело и безраздельно совершающегося в уме индивида, но и «живой функцией бытия»³. Несмотря на индивидуально-психологическое происхождение, знание имеет общечеловеческое или бытийное значение. Знание приходит вместе с индивидом, но с его уходом оно не утрачивается, а остается с родом, обеспечивает его единство, преемственность и развитие. Через знание бестелесное и недействительное человечество становится реальным и бессмертным⁴.

Поскольку знание бытийно, представляет собой безусловный и неограниченный горизонт бытия, в котором сущее схватывается как истинное⁵, то его освоение обеспечивает вывод правоведения в сферы «сознания» и «познания» как области его предельных оснований. Появляется возможность объяснить логическую взаимосвязанность

¹ Соловьев В. Философское начало цельного знания. Минск, 1999. С. 187.

² Бердяев Н. А. Указ. соч. С. 95.

³ Бердяев Н. А. Указ. соч. С. 95.

⁴ См.: Трубецкой С. Н. Сочинения / сост., ред. и вступ. статья П. П. Гайденоко. М., 1994. С. 558—564.

⁵ Хайдеггер М. Основные проблемы феноменологии. Введение // Хайдеггер М. Положение об основании. СПб., 1999. С. 282.

и онтологическую взаимообусловленность этих феноменов. Известно, что сознание существует в виде знания, а познание предполагает знание, включает знание и стремится к знанию. В свою очередь, любое знание всегда предполагает некоторые логические формы и «универсальные элементы сознания — сознание времени, без которого я не могу отличать одного состояния от другого, сознание пространства, причинности, без которых я не могу отличать вещей от ощущений, я от не-я и т. д.»¹. Более того, знание правил «определяет успех в познании истин и ведет к нравственному совершенству...»².

Выход в область сознания отодвигает на второй и третий планы такие традиционные источники права, как обычай и закон. Подлинным и перманентным источником права и знания о нем объявляется сознание человека. Прежде всего сознание, а затем уже иные символические и вещественные памятники поддерживают в активном состоянии представления индивида и общества о праве и его запретах. Если на ранних этапах эволюции правового знания его источником являлось в основном чувство, которого было достаточно для обозначения наглядности, очевидности и недопустимости правонарушения, то последовавший прогресс сознания, его эволюционное превращение в «существенное проявление жизни»³, развитие и усложнение социального бытия, движение его участников от индивидуальных форм существования к коллективным привели к замене прежних источников и их переходу от чувства к разуму, от инстинкта к сознанию.

Углубление в онтологию знания также дает правоведению понимание того, что для сознания человека привычно работать одновременно в разных режимах и форматах. При этом вне зависимости от преследуемой цели акт познания всегда прежде выходит в область знания в целом, которое предшествует научному знанию, вмещает и часто содержит в недифференцированном виде как научные, так и ненаучные представления о мире и его субъектах. В этот момент реализуется, как отмечал Н. А. Бердяев, «нерационализированное сознание», которое П. Риккерт обозначил как «иррациональное “переживание”»⁴. Затем, согласно заданной цели, сознание через эту самую дифференциацию пробивается и в конечном итоге переходит к научному знанию. Для права это означает, что акт правоведения на пути к самому себе, к своему свершению в виде знания проходит аналогичную дорогу. То есть взаимодействует не только и не столько с себе подобными науками, но также кооперируется, или

¹ Трубецкой С. Н. Указ. соч. С. 578.

² Больцано Б. Учение о науке (избранное). СПб., 2003. С. 475.

³ Трубецкой С. Н. Сочинения. М., 1994. С. 548.

⁴ Риккерт Г. Науки о природе и наука о культуре. М., 1998. С. 31—32.

во всяком случае содержит в себе элементы работы, с обыденным, художественным, религиозным, экономическим, политическим, мифологическим, философским, этическим и другими видами познания, которые также могут производить истинные суждения. «Научность, — как отмечал Н. А. Бердяев, — не есть ни единственный, ни последний критерий истинности»¹.

Знание, таким образом, избавляет правоведение от абсолютизации науки и ее восприятия в качестве единственного истинно сущего. Такой вывод требует от науки права заниматься исследованием положения своего предмета не только среди наук иных отраслей права, но и среди альтернативных видов познания; не оставлять без внимания то, что помимо собственной теории к основным источникам правового знания относятся философия, история и социальный опыт, к каждому из которых как неотъемлемому элементу своей структуры это знание на протяжении своего развития реализовывало и реализует особенное отношение.

Аксиологический аспект:

Поскольку знание «соединяет нас с другими сознаниями, как с предшествовавшими, так и с существующими»², то через эту категорию право естественно встраивается в сконструированный по ее образу и подобию социально-ценностный контекст. В этом контексте «знание о другом предполагает знание о самом себе», а человек не понимает ни себя, ни оппонента. Понимание для права является предтечей как правоспособности, так и дееспособности, знание о самом себе отчетливо разворачивается в знании о другом. «Если удалить из нашего индивидуального сознания совокупность всего унаследованного, всего внушенного и внушаемого нам, оно лишится и формы, и содержания, обратится в ничто»³.

Вхождение с помощью знания в область социального способствовало обнаружению понимания как универсальной и бытийной ценности, которой право подчинено и призвано служить. Через знание, говоря словами К. Ясперса, «сознание... делает возможным однозначное понимание, а тем самым и общность в объективно значимом»⁴. Без понимания как такового и скрытых за ним герменевтических практик невозможна совместная жизнь людей, немислимо само общество. Для К. Ясперса понимание является и нормой, и условием жизнедеятельности. Нормально, когда люди понимают друг друга. И совсем ненор-

¹ Бердяев Н. А. Указ. соч. С. 27.

² Трубецкой С. Н. Указ. соч.

³ См.: там же. С. 558—564.

⁴ Ясперс К. Философия. Кн. 3: Метафизика / пер. А. К. Судакова. М., 2012. С. 229.

мально, когда человек не понимает ни себя, ни другого, поскольку для реализации в жизни ему исходно надлежит понимать себя и первоначально научиться понимать другого. Лишь через взаимоотношение «знания о себе» и «знания о другом», как отмечал Э. Корет, «образуется отчетливое понимание бытия»¹.

Понимание, таким образом, выступает не только физиологически обусловленной целью, но и социально необходимой ценностью для своих субъектов, т. е. идеалом, который для них в определенной степени недостижим, из-за чего возникают конфликты и потребность в правосудии как в способе разрешения противоречий и принуждения к пониманию. Но не в любом властно организованном правосудии, а только в том, которое принципы своего нормативного значения и регулятивного воздействия заимствовало у самого понимания.

Известно, что в императиве понимания скрыты не только гарантии свободы мнения и суждения, но и требования долга, обращенные как к понимаемому, так и к понимающему, которыми по совместительству являются и не могут не являться субъекты правоотношений. Как одну, так и другую сторону понимание призывает к взаимоуважению через взаимопознание.

Понимание не только предобуславливает право, но и определяет его содержание, поскольку сопровождает каждую норму права. Такое соупутствие обеспечивается за счет незримого присутствия понимания в принципе справедливости. Этот принцип позволяет требовать выполнения правового запрета только тогда, когда он осознается адресатом и имеет конгенитальную возможность его выполнить. В случае если запрет отвечает критерию понимания, но не выполняется, а все для этого изъяснительные инструменты исчерпаны и в достаточной степени представлены в законе, должен включаться механизм нормативного акта для принуждения к его пониманию и исполнению.

С позиции знания и с помощью герменевтического учения обнаруживается, что финальное определение правовому запрету дает не законодатель и не закон как продукт его деятельности, а субъект правоприменения. Так, на первом этапе следователь оценивает: а) опасность преступления, которую имел в виду автор нормы, запрещающей это деяние; б) опасность преступления в восприятии виновного и потерпевшего, а также окружающего их общества; в) опасность преступления, представление о которой сложилось у самого следователя. Далее он согласовывает названные представления об опасности в своем логическом и мировоззренческом кругу. Затем выносит результаты собственного герменевтического труда на суд иных участников су-

¹ Корет Э. Основы метафизики / пер. В. Терлецкого. Киев, 1998. Гл. 3.1.2.

допроизводства — руководителя следственного органа, защитника, прокурора, судьи. Каждому из них на соответствующем этапе надлежит пройти по аналогичному кругу и согласиться либо не согласиться с предыдущим интерпретатором происшествия. При этом каждому толкователю предоставлена возможность коммуникации с иными участниками процесса для обоснования и отстаивания своего понимания обстоятельств дела, а оппонентам — возможность перепроверить свои представления о рассматриваемом предмете и при согласии ответить взаимопониманием.

Здесь коммуникация, как пишет И. Т. Касавин, выступает «главным источником познания»¹. Именно в ходе коммуникации участников судопроизводства в конечном итоге рождается выверенное и апробированное правовое знание о подлежащих доказыванию обстоятельствах. Право, таким образом, всецело находится на службе у знания. Не закон, а знание о событии, происшествии и о законе, которое вырабатывается в процессе коммуникации участников судопроизводства, служит единственно реальным и актуальным основанием ответственности. Не зря М. Хайдеггер в свое время обращал внимание на то, что «судить — значит правильно представлять... Судить это... представлять правильное и, через это, также, возможно, и неправильное»².

¹ См.: Касавин И. Т. Источники знания: проблема «testimonial knowledge» // Эпистемология и философия науки. 2013. Т. XXXV. № 1. С. 14.

² Хайдеггер М. Что зовется мышлением? / пер. с нем. Э. Сагетдинова. 2-е изд. М., 2010. С. 52.

Хамидуллина Фариды Ильдаровна
профессор кафедры гражданского права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук

О рациональности права: общетеоретический и социокультурный аспекты

Категория рациональности права вообще и гражданского права в частности относится к так называемому философскому измерению, которое хотя и не имеет закрепления в позитивном законодательстве, однако всецело определяет его принципы, нормы, структуру и практику судебного применения. Приступая к анализу нравственных оснований гражданского права в философском измерении, мы в первую очередь констатируем, что здесь и далее сам термин «измерение» используется нами в общеизвестном бытовом смысле: это «протяженность чего-нибудь в каком-либо направлении». Как отмечал основоположник методологии науки Р. Декарт, в одном и том же предмете может быть бесконечное множество различных измерений, как имеющих реальное основание, так и придуманных по произволу нашего ума. Мы так или иначе измеряем целое всякий раз, когда рассматриваем его как разделенное на части¹. Придать измерение чему-либо — значит задать перспективу и точно определить соответствующей мерой величину, потенциал и/или иные характеристики данного объекта.

Разработка проблемы нравственных оснований гражданского права носит комплексный характер, то есть изначально подразумевает сочетание самостоятельных предметов научного анализа, взятых в качестве неразрывного единства: феномены права и нравственности формально автономны и вместе с тем функционально взаимосвязаны как инструменты упорядочивания отношений и поведения людей. Разделение подобных комплексных объектов на части на определенном этапе исследований необходимо и методологически оправдано, что и доказал в свое время Рене Декарт.

Применительно к философскому измерению нравственных оснований гражданского права мы подразумеваем ракурс и контекст философии как науки, создающей обобщенную картину мира и места человека в нем². «Философия, — писал об этом Э. Л. Радлов, один из авторов знаменитого Энциклопедического Словаря Ф. А. Брокгауза

¹ Декарт Р. Правила для руководства ума [Электронный ресурс] // Б-ка сайта Знания — сила. URL: http://znaniya-sila.narod.ru/library/pdf_00/dec_01.pdf (дата обращения: 19.05.2016).

² Степин В. С. Философия [Электронный ресурс] // Новая философская энциклопедия. URL: <http://iph.ras.ru/elib/3206.html> (дата обращения: 19.05.2016).

и И. А. Ефрона, — есть свободное исследование основных проблем бытия, человеческого познания, деятельности и красоты»¹.

Ключевое слово здесь — «свободное». Дело в том, что философия не есть система знаний наподобие физики, математики или биологии, и потому ее нельзя преподать — философское знание не сообщается. Эту мысль нередко высказывал наш современник и соотечественник, философ с мировым именем М. К. Мамардашвили². Человек свободно, сам так или иначе обращается к философии, когда у него уже есть жизненный опыт, переживания, испытания, заставившие его задаться вопросами, которые на самом деле являются философскими, хотя человек об этом может даже и не подозревать — просто ему нужно найти ответ, какой-то ориентир на дальнейшем жизненном пути³. И вот тогда важно, чтобы произошла встреча с профессиональной философией, которая не передаст знания, а лишь поможет личному акту, чтобы человек упорядочил состояние своего сознания и случилось то, что Платон называл «вторым плаванием». «Первое плавание — человек родился, и он естественным образом проходит через годы жизни, поскольку он растет и потом стареет, происходят какие-то события, он плавает в море жизненных обстоятельств. А есть второе плавание, которое есть какой-то особый акт, второе рождение, акт собирания своей жизни в целое, собирания своего сознания в целое, целое в том смысле, в котором вы это слово применяете к художественному произведению, — как некое органическое единство, которое не само по себе сложилось, а является именно целым»⁴. Второе плавание содержит в себе элемент философствования, вне зависимости от того, отдаем ли мы себе отчет в этом. Без философии второе плавание произойти не может⁵.

С учетом этого важного обстоятельства изучение нравственных оснований гражданского права в философском измерении представляется органичным, естественно необходимым как для развития юридической теории и практики, так и для юридического мировоззрения отдельных людей, их групп и всего общества.

Об актуальности обозначенного подхода свидетельствует также и наличие постоянной рубрики «Философское измерение права» в «Российском журнале правовых исследований», зарегистрированном

¹ Философия [Электронный ресурс] / Э. Р. // Энциклопедический словарь / изд. Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. СПб., 1902. Т. 35. С. 822–833. URL: <http://www.vehi.net/brokgauz/all/107/107232.shtml> (дата обращения: 19.05.2016).

² Мамардашвили М. К. Очерк современной европейской философии. СПб.: Азбука, 2014. С. 15.

³ Там же. С. 16.

⁴ Там же. С. 21.

⁵ Там же. С. 22.

Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций 21.07.2014¹. Поясняя концепцию нового издания, его главный редактор А. Д. Керимов обращает внимание на то, что в современных условиях «наибольшего успеха достигают те, кто не пытается с упорством узкого фанатизма сохранить превратно понятую «чистоту» своей дисциплины, ограждая ее от всяческого вторжения извне, а настойчиво и последовательно расширяет диапазон исследовательских усилий путем широкомасштабного и интенсивного привлечения инструментов и методов анализа, результатов и знаний, полученных, накопленных и используемых в других научных областях»².

По существу о том же говорит и академический директор Аспирантской школы по праву НИУ «Высшая школа экономики» Г. Бекназар-Юзбашев, который считает, что «юриспруденция в России зажата в самой себе, она мало использует достижения других наук. ... Чтобы регулировать общественные отношения, знаний одной юриспруденции сегодня уже недостаточно. Это касается не только правового регулирования, но актуально и для практикующих юристов, поскольку понимание смежных наук дает возможности для дополнительной аргументации»³.

Разделяя эти убеждения, считаем, что глубинные связи права и нравственности могут быть наиболее полно раскрыты и объяснены именно на основе междисциплинарности, интеграции различных областей знания, включая в том числе и философию.

Точку соприкосновения права и философии в интересующем нас тематическом пространстве находим в первую очередь в том очевидном факте, что рациональность является неотъемлемым атрибутом права. Рассмотрим этот вопрос подробнее.

Как известно, термин «рациональность» имеет латинское происхождение: *rationalis* (< *ratio* = рассудок, разум, смысл) — разумный, одаренный разумом, то есть способностью логически и творчески мыслить и обобщать результаты познания⁴. Знаменитый русский лексикограф В. И. Даль, определяя разум как способность верного, последовательного сцепления мыслей, указывал на то, что это лишь одна половина духа человека, тогда как другая его духовная сила — это нрав, нравственность. Сочетая разум и нравственность, человек

¹ Российский журнал правовых исследований [Электронный ресурс]. URL: <http://russianjls.ru/> (дата обращения: 19.05.2016).

² Там же.

³ Бекназар-Юзбашев Г. Чего не хватает российской юридической науке? [Электронный ресурс]. URL: <http://gsl.hse.ru/news/132977321.html> (дата обращения: 16.01.2015).

⁴ Данные портала Slovari.ru.

становится уникальным существом, отличным от всех прочих живых организмов¹.

С учетом словарных дефиниций мы будем использовать термины «рациональность» и «разумность» в качестве семантически тождественных и взаимозаменяемых.

Когда говорят о разумном поведении, поступках, суждениях и тому подобном, имеется в виду некое соответствие здравому смыслу, эталонам рассудка. В свою очередь, наша рассудочная деятельность основывается на комплексе базовых, привычных представлений об окружающем мире и о нашем месте в нем. С помощью разума человек ориентируется в жизненном пространстве: логически обрабатывает различную информацию, обдумывает все происходящее, принимает решения, дает оценки и прогнозы, ставит перед собой какие-то цели и намечает конкретные пути их достижения.

Мы осознаем, что мир сложен, и стремимся постичь его на приемлемом для себя уровне — так, чтобы не потеряться под влиянием обстоятельств, а использовать каждое из них для своего развития и совершенствования. Наша рациональность есть способность в хаотическом мире природных явлений, социальных событий, моральных акций установить порядок в мире, соизмеримый с упорядоченностью человеческой души, нравственности и рассуждения². Сама человеческая природа такова, что мы «ищем соразмерности искомого порядка в нашей индивидуальной душе с миром вокруг нас, или, как сказали бы греки, с космосом, с душой в общем смысле слова, не только индивидуальной душой, а некоей более широкой, скажем, душой мира, как раньше выражались, или с полисом, то есть с социальным устройством»³.

Очевидно, что этот поиск сопровождается значительными интеллектуальными усилиями, что и отличает его от рутинных повседневных операций, которые мы выполняем автоматически, в режиме текущего распорядка очередного дня, на уровне сложившихся стереотипов мышления и поведения. Каждый, кто не ленится приступить к такому поиску, в конце концов своим собственным, индивидуальным путем приходит к пониманию, что «есть социальное устройство, которое шире отдельного человека; есть космос, который заведомо больше отдельного человека; есть какой-то разум и душа в общем смысле слова, которые тоже больше человека. И все эти три вещи должны как-то быть соотношены с каждым отдельным человеком по принципу возможностей человека установить порядок, соразмерный с ним самим»⁴.

¹ Данные портала Slovart.ru.

² Мамардашвили М. К. Очерк современной европейской философии. С. 37.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 37.

Но чуть выше мы отнюдь не оговорились, когда упомянули лень. «Мать всех пороков» на самом деле свойственна человеку от природы, как будто сама эволюция предусмотрела механизм, в какой-то степени предназначенный оберегать нас. «С точки зрения биологии лень — это чрезмерная реализация принципа экономии энергии. Все живые организмы стремятся оптимизировать соотношение полученных жизненных ресурсов и затраченной для этого энергии, то есть стараются получить побольше, потратив поменьше. ... Таким образом, экономить силы (то есть энергию, затрачиваемую для удовлетворения некой потребности) биологически оправдано, так же как биологически необходимо получать энергию (то есть питаться). Чтобы жить, нужно есть. Но, если человек живет для того, чтобы есть, это плохо, дезадаптивно. Так же обстоит дело и с тратой полученной энергии. Энергию нужно экономить, но когда такая экономия становится доминирующей мотивацией, то это уже лень»¹. А ленивое поведение, как видим, дезадаптивно. И потому те, кто поленился своевременно «включить рассудок» и «отправиться во второе плавание», будут вынуждены довольствоваться упрощенными жизненными схемами, примитивными объяснениями и навязываемыми массовыми шаблонами, которые опасны тем, что блокируют личностный рост и существенно понижают природный творческий потенциал, изначально дарованный каждому из нас.

Проиллюстрируем изложенное с помощью пространственной метафоры. Итак, человек существует в своеобразной и непростой системе координат. С одной стороны, она задана сложностью окружающего мира. С другой — способностью человека в полной мере осознать эту сложность и сделать такое осознание неотъемлемой частью своего мировосприятия, чтобы понимать жизнь и свободно ориентироваться в ней. Кроме того, в рассматриваемой системе координат есть еще одна ось, причем едва ли не главная — это важнейшая человеческая потребность быть в гармонии с самим собой, то есть при любых обстоятельствах сохранять самоуважение (или, по М. К. Мамардашвили, «уважительное тождество с самим собой», что эквивалентно психологическому термину *identity* = идентичность).

В итоге получаем трехмерное пространство, где оптимальное положение человека достигается всякий раз за счет преодоления лени и постоянной работы над собой, расширяющей горизонты сознания. Тем не менее, только лишь эти усилия недостаточно. Дополнительно требуются особые, целенаправленно изобретаемые человеком инструменты, помогающие ему установить искомые гармонию и порядок. В качестве одного из таких инструментов М. К. Мамардашвили назы-

¹ Жуков Д. Что такое лень? [Электронный ресурс] // ПостНаука. URL: <https://postnauka.ru/faq/22795> (дата обращения: 03.06.2016).

вает философию, потому что она делает мир обитаемым в смысле возможности комфортного существования человека — такого существования, которое отвечало бы высокому предназначению *Homo sapiens*, человека разумного, как самого совершенного среди живых существ¹.

Здесь уместно сделать небольшое отступление и задаться вопросом, достоин ли человек такого возвеличивания сам по себе, то есть родившись именно человеком, а не каким-нибудь львом либо гориллой. Лучшие умы человечества, начиная с великих мудрецов Древней Греции Сократа и Платона, отвечали на этот вопрос отрицательно. Нет — потому что отец и мать дают жизнь лишь некоему «куску мяса», и как таковой он ничем не отличается от потомства других представителей биологического царства животных. Различия проявляются постепенно, с развитием рациональности — разума, мыслительных способностей, рефлексии как самопознавательной деятельности человека, добавляемой к его реальному, природному появлению на свет.

Все эти специфически человеческие, разумные акты самоопределения, обуславливающие окончательное становление себя в каждом из нас, Платон связывал со «вторым плаванием», о котором мы уже упоминали выше, а Декарт считал «вторым рождением». Обращаясь к разуму и самосознанию, Декарт утверждал, что мое «я» — не от родителей: «я» еще должен родиться через собственное самопроявление и собственный ум, не зависимый от внешних авторитетов, самостоятельный, не ведомый на помочах. «Можешь только ты», — вот напутствие Декарта и суть его философии классического рационализма, основанного на трех постулатах: во-первых, мир всегда нов: в нем как бы ничего еще не случилось, а только случится вместе с тобой; во-вторых, в нем всегда есть для тебя место, и оно тебя ожидает: ничто в мире не определено до конца, пока ты не занял пустующее место для доопределения какой-то вещи; в-третьих, если в этом моем состоянии все зависит только от меня, то, следовательно, без меня в мире не будет порядка, истины, красоты; не будет чисел, не будет законов, идеальных сущностей — ничего этого не будет². Таким образом, рациональность есть уникальный способ отношения человека к миру, дарующий нам жизнь в духовном смысле слова.

Теперь вернемся к рассуждениям об обитаемости мира. Человек, если считать его только природным, биологическим существом, может приспособиться жить везде, где есть вода, атмосфера и достаточно теплый климат, что в совокупности поддерживает необходимые процессы жизнедеятельности, размножения и развития. Вместе с тем оче-

¹ Мамардашвили М. К. Очерк современной европейской философии. С. 38.

² Мамардашвили М. К. Философские чтения. Введение в философию. СПб.: Азбука-классика, 2002. С. 13.

видно, что с учетом фактора рациональности, включающего духовные, разумные начала в человеке, критерии обитаемости мира будут иными. Их анализ выходит за предметные рамки настоящего исследования, в целях которого мы ограничимся лишь указанием на один из таких критериев, а именно — человеческие связи, возможность их установления, поддержания и развития. В марксистской теории такие связи получили название общественных отношений. Отметим, что термин «отношения» по происхождению восходит к древнейшим лексическим единицам индоевропейских языков, означающим передачу и получение чего-либо, достижение общности, сближение (общий смысл примерно такой: «у меня есть нечто, некая «ноша», которую я передаю от себя тебе, и теперь мы друг с другом связаны»)¹.

Итак, для того, чтобы мир общественных отношений стал обитаемым, комфортным для совместного существования людей, одних лишь природных факторов недостаточно. Установление необходимых человеку связей с себе подобными требует, кроме прочего, рациональных механизмов профилактики и разрешения конфликтов в случае неизбежного столкновения несовпадающих интересов. В качестве такого механизма уже на сравнительно ранних этапах истории человечества выступали социальные нормы — искусственно создаваемые инструменты для упорядочивания жизни, в том числе нравственные и правовые императивы.

В порядке иллюстрации заметим, что особенности рационального выбора, оказавшие влияние как на моральное, так и на правовое сознание, отражены в русских сказках, что убедительно показал лауреат премии «Золотое перо России» В. В. Панюшкин, предложивший прочтение русских народных сказок «глазами юриста»².

Например, по смыслу русской сказки «Морозко», прав тот человек, который приносит доход, не требуя при этом расходов. Соответственно, является виноватым и подлежит уничтожению тот, кто расходов требует, а доходов не приносит. Злая мачеха приказывает мужу отвезти падчерицу в лес, чтобы та могла пряхть с утра до вечера, но ест не просила, повышая тем самым экономические показатели домохозяйства. Падчерица, так же, как и ее отец, покорно принимают такую волю на уровне рационального выбора: очевидно, что в случае смерти падчерицы расходы на ее содержание сократятся до нуля, но если она не умрет, а будет пряхть где-то в лесу с утра до вечера, то ее также не надо будет содержать, зато можно будет получить до-

¹ Этимологический словарь русского языка / сост. А. Преображенский. М., 1910–1914. Т. 1: А–О. С. 601–602.

² *Панюшкин В. В.* Код Кошея: русские сказки глазами юриста [Электронный ресурс]. М.: Альпина Паблишер, 2012. URL: <https://www.rulit.me/books/kod-koshcheyarusskie-skazki-glazami-yurista-read-360259-1.html> (дата обращения: 25.10.2018).

ход от пряжи. «Лучше мне умереть, чтобы не ухудшать экономические показатели отцовского хозяйства», — таков рациональный выбор падчерицы. И когда вдруг появляется Морозко, она и его уверяет в том, что никаких расходов для поддержания ее жизни не нужно. Поскольку это совпадает с рациональной логикой Морозко, он весьма доволен ответом падчерицы и в итоге вознаграждает ее. Подобные истолкования, выявляющие коллективные стереотипы сознания, возможны и по отношению к другим сказкам.

Как убедительно доказывает ход истории, цивилизации не состоялись бы без права: тогда обесценилась бы человеческая жизнь, были бы подавлены импульсы к развитию, разрушились бы механизмы установления компромиссов и разрешения противоречий. Как следствие, мир постепенно погрузился бы в опасный социальный хаос. Ведь «право для людей, их жизни и судьбы выступает и как основа возвышения личности, и как опора активности, творчества человека, и как его убежище от зла и несправедливости — гарантия свободы и ограждение от бед»¹. Лишь на основе права и справедливости, отмечает Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин, возможно «обеспечить устойчивую замиренную среду, легитимный правопорядок и верховенство права как необходимое условие современной цивилизованной экономики и политики»². Верно, что право «является необходимым инструментом для сдерживания сил зла, а анархия или полное отсутствие права — высшим выражением зла, которое следует избегать любой ценой»³.

Используемое в роли инструмента примирения и согласия, «право гораздо старше государства»⁴. В сложнейших жизненных ситуациях, существовавших и в догосударственную эпоху социального развития, право призвано внести в конфликтную среду строго определенные, разумные начала соглашения, компромисса, взаимных уступок, учета и гарантий различных интересов. Такая точка зрения в настоящее время считается общепризнанной. Между тем упрощенная трактовка права, основанная на ортодоксальном марксизме, по смыслу противоположна: право возникает позже государства, производно от него и никого не примиряет, а, напротив, способствует социальной вражде,

¹ *Алексеев С. С.* Право: Азбука. Теория. Философия: опыт комплексного исследования [Электронный ресурс]. URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/Alex_3/17.php (дата обращения: 03.06.2016).

² *Зорькин В. Д.* Аксиологические аспекты Конституции России [Электронный ресурс]. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=1> (дата обращения: 03.06.2016).

³ *Ллойд Д.* Идея права: репрессив. зло или соц. необходимость? М.: Книгодел, 2004. С. 15.

⁴ *Графский В. Г.* Всеобщая история права и государства. М.: Норма, 2003. С. 2.

так как является государственным принуждением, орудием классового господства в обществе.

Столь противоположные оценки социального предназначения права — средство примирения *versus* средство борьбы — на наш взгляд, не исключают некоей общности. Усматриваем ее в том, что в любом случае право признается инструментом, или орудием, применяемым для достижения определенных целей.

Важнейшая отличительная черта такого орудия — его двойственная природа: сочетание материального и идеального, обладающее неотъемлемым атрибутом рациональности. Иными словами, право есть в первую очередь сознательное явление. В данном случае мы употребляем этот термин в широком философском смысле, имея в виду следующее: весь мир, весь состав мира, явлений мира, делится на физические явления и сознательные явления, которые отличаются тем, что агентами этих явлений являются сознательные существа¹.

Характеристику права как сознательного явления дает, в частности, один из известных современных философов права, германский правовед Р. Алекси. Он вводит в научный оборот термин «дуальность права» и раскрывает его содержание следующим образом: «Тезис дуальной природы предполагает, что право необходимо включает как реальное, или фактическое, так и идеальное, или критическое измерение. В определении права фактическое измерение представлено элементами официального происхождения (*authoritative issuance*) и социальной эффективности, тогда как идеальное измерение находит свое выражение в элементе моральной правильности (*correctness*)». Данный тезис, по мнению Р. Алекси, должен быть развит далее внутри некой системы, а «всеобъемлющая идея этой системы — институционализация разума»².

По нашему мнению, признание такой двойственности позволяет выдвинуть на первый план именно сознательный характер права, что имеет некоторые методологически важные следствия, а именно:

1) феномен права не встречается в органическом и неорганическом мире сам по себе, это креатура разума и неотъемлемая часть духовной культуры, которая отличается от каких-либо механических или научно-технических артефактов, всевозможных агрегаторов, изобретенных человеком для собственного удобства и развития (например, паровой двигатель, электрическая лампочка, химикаты, анестезия, информационно-коммуникационные технологии и все прочее, что мы связываем с прогрессом материальной культуры);

2) для права весьма существенна его так называемая «невидимая сторона», образуемая общими воззрениями на цели и задачи, кото-

¹ Мамардашвили М. К. Очерк современной европейской философии.

² Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010. № 2. С. 138.

рые призван выполнить человек, а также на то, что является для него благом и каковы пути к обладанию этим благом¹;

3) «невидимая сторона» права становится инструментом упорядочивания социума лишь при условии ее материального воплощения в тех или иных формах, объективно доступных для всеобщего восприятия (то, что римляне называли «телом права», или *corpus iuris*).

Учитывая указанную инструментальную специфику права, мы можем рассматривать его рациональность как минимум в пяти взаимосвязанных проявлениях:

во-первых, право производно от разума, оно формируется в результате бытия и деятельности людей как разумных существ — на основе ясности и их общего согласия в вопросах желаемого устройства социума (именно вследствие этого «каждый данный юридический порядок есть порождение своего времени и должен исчезнуть вместе с ним»²);

во-вторых, правовые идеи и нормы, в которых они выражены, всегда имеют эмпирическую обоснованность, то есть возникают в реальной жизни данного общества из наблюдений, анализа и обобщения множества фактов;

в-третьих, изложение норм права предполагает логическую связность и непротиворечивость, обеспечивая тем самым единообразие поведения и предсказуемость его последствий;

в-четвертых, для воспроизводимости поведенческих образцов, которые соответствуют правовым идеям и предписаны нормами права, нужна рассудочная, волевая деятельность субъектов (по меньшей мере для того, чтобы правильно оценить ситуацию и выбрать тот или иной вариант действия);

в-пятых, оценка конкретных поведенческих актов в системе действующего правового регулирования осуществляется посредством аналитического мышления и интеллектуальных операций (то есть «в случае действия права разумность является его началом, обеспечивающим целесообразность применения норм материального и процессуального права»³).

Таким образом, традиционное обозначение *ratio scripta*, или «писанный разум», закрепилось за правом отнюдь не случайно. Еще древним римлянам было очевидно, что:

¹ Термин «невидимая сторона» заимствован нами у Г. Дж. Бермана, который, в свою очередь, использует данный термин со ссылкой на мексиканского поэта и публициста Октавио Паса. См.: *Берман Г. Дж.* Указ. соч.

² *Коркунов Н. М.* Наука права и естествознание // Сборник статей Н. М. Коркунова, 1877–1897 гг. СПб., 1898. С. 10.

³ *Власенко Н. А.* Разумность и право: связь явлений и пути исследования [Электронный ресурс] // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 45–57. URL: <http://www.center-bereg.ru/11142.html> (дата обращения: 19.05.2016).

lex est ratio summa quae jubet quae sunt utilia et necessaria, et contraria prohibet (право есть осуществление разума, которое требует тех вещей, что являются полезными и необходимыми, и запрещает обратное);

lex semper intendit quod convenit rationi (закон всегда имеет в виду то, что соответствует разуму)¹.

Идею соответствия права и разума находим также и во множестве современных законодательных формул: от принципа разумности и разумного срока до разумных условий, разумной цены, разумной меры, разумной замены, разумной степени добросовестности и т.д.

По мнению Н. А. Власенко, «в праве заложено здравомыслие, ответственное на рациональности, профессиональном понимании и ответственности за систему собственных действий и поступков»². Право, по словам названного автора, «представляет собой феномен разума, выражающий объективные ценности и требования человеческого бытия, и является безусловным источником и абсолютным критерием всех человеческих установлений»³.

Характеризуя право в качестве носителя и проводника высоких разумных начал, С. С. Алексеев, один из авторов Конституции Российской Федерации, рассуждает о том, «что в ситуациях, когда те или иные жизненные вопросы решаются с «помощью права», то тут, в данной ситуации, вступает (или — должен и может вступить) в работу «объективированный Разум» — нормативные формы, юридические конструкции и принципы, выражающие высокие рациональные начала и способные претворить их в практику, в реальную жизнь. Причем — так, что в жизнь, в реальные жизненные отношения в той или иной мере должны войти важнейшие ценности цивилизации — справедливость, принцип «равновесности», а главное — направленность («заряженность») регулирования на субъективные права, свободу человека как носителя субъективных прав, его активность и творчество.

Словом, коль скоро на данном участке жизненных отношений действует право, то это означает, что здесь работают (или — должны и могут работать) «увекочеченные рациональные начала», утвердившиеся на основании опыта и отработки при решении юридических дел, а в этой связи, «заряженные» Разумом на высокие цивилизационные ценности и идеалы.

Таким образом, получается, что углубление рациональных начал в праве и есть оптимальное направление развития гражданского общества в области социальной регуляции, утверждения в нем ценностей

¹ Юридическая латынь. Термины и крылатые фразы [Электронный ресурс]. URL: <http://www.yaskazal.ru/detail.php?ID=1307> (дата обращения: 19.05.2016).

² Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М.: Инфра-М, 2014. С. 48.

³ Там же. С. 45–46.

и идеалов свободы человека, его статуса и достоинства, условий его созидательной активности, творческого дела»¹.

Всецело разделяя приведенные выше мысли (чем и продиктовано весьма пространное их цитирование), укажем, что рациональность как неотъемлемый атрибут права предполагает особую конструктивную роль правосознания в системе действующего правопорядка.

Задавшись целью найти элементарные справочные сведения о правосознании, мы сразу же заметим их плюралистичность. По соответствующему запросу поисковые службы Интернета за 0,24 долю секунды выдают внушительный результат в виде около полумиллиона ссылок к множеству ресурсов всемирной телекоммуникационной сети только в пределах ее русскоязычного сегмента.

Тем не менее, какой-либо исчерпывающей интерпретации феномена правосознания мы не обнаружим. Как справедливо пишет С. Н. Касаткин, посвятивший правосознанию интересное и обстоятельное диссертационное исследование, «современная российская трактовка правосознания есть сочетание постулатов теории отражения, юспозитивизма и идеологии естественных прав. Правосознание рассматривается прежде всего как отражение юридического бытия, одно из средств функционирования и воспроизводства системы права и правопорядка. Тем самым, остается недостаточно разработанной связанность права сознанием, укорененность права в правовом субъекте как деятеле, способном к признанию и утверждению определенных ценностей»².

В подтверждение наблюдений и выводов С. Н. Касаткина по поводу разработки проблем правосознания в современных российских правовых исследованиях приведем в конспективной, обзорно-тезисной форме общие положения о правосознании, наиболее распространенные в растиражированной учебной литературе. Отметим, что именно с учебной литературы, в которой, как правило, содержатся общепризнанные и апробированные материалы, начинается формирование профессионального юридического мировоззрения. Учебник — своего рода картинка-путеводитель, с помощью которого будущий юрист получает свои первые представления о праве и его феноменах.

Итак, взгляд типового учебника на понятие правосознания³. Правосознание рассматривается в качестве одной из форм общественного сознания, в ряду других его форм, среди которых в виде открытого

¹ Алексеев С. С. Тайна права. М., 2001. С. 102.

² Касаткин С. Н. Правосознание как категория правоведения: теоретико-методологический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003.

³ Здесь мы намеренно не называем конкретные книги и их авторов, поскольку хотим подчеркнуть именно типовое освещение вопроса о правосознании в учебной литературе и приводим общие положения, которые в тех или иных вариациях редакционного характера содержатся в учебниках по теории государства и права.

перечня называют сознание политическое, нравственное, научное, художественное, философское и т.д. Указывается, что в этих формах люди познают и осваивают окружающий их мир, объективную реальность, собственное бытие, при том каждая из форм обладает своим предметом, или, по другой терминологии, областью отражения.

Таким образом, в целом сохраняется марксистско-ленинское понимание сознания, сводимое к совокупности индивидуальных и/или коллективных идей. Согласно советской теории государства и права, которая представляла собой систему обобщенных знаний об основных закономерностях государства и права, их сущности, назначении и развитии в классовом обществе¹, правосознание есть форма общественного сознания, предметом отражения которой является правовая действительность². Исходя из такой посылки, в изданных в постсоветское время учебниках также утверждается, что надо считать правосознание юридической категорией, которая должна изучаться юридической наукой как отражение правовой реальности в формах правовой идеологии и правовой психологии.

Само же функционирование правосознания описывается в терминах теории отражения, догматизированной советской философией в качестве единственно возможной научной интерпретации сознания. Действующее право и правовая действительность в целом получают отражение в индивидуальном сознании человека, которое впоследствии напрямую влияет на формирование сознания общественного. Каждый человек дает сравнительную оценку прошлой и настоящей правовой жизни, высказывает свое отношение к перспективам ее совершенствования, привлекая нравственные, религиозные, политические и другие критерии, взятые из собственного жизненного опыта, включая профессиональное обучение. Разнообразные, порой полярно противоположные суждения о праве, одобрительная или отрицательная оценка зачастую являются реакцией на правовую действительность.

Диапазон правосознания весьма широк, поскольку охватывает все стороны и аспекты правовой жизни общества. При этом оцениваются не только право и законы, но также и другие юридические феномены, к которым обычно относят законность, правопорядок, правотворчество, правосудие, акты правосудия, состояние преступности, деятельность правоохранительных органов — то есть практически все происходящее в правовой сфере. Оценка с позиций справедливости

¹ Основы теории государства и права / отв. ред. С. С. Алексеев. М.: Юрид. лит., 1971. С. 7.

² Шульга А. М. Правосознание: понятие, основные признаки [Электронный ресурс] // Теория государства и права. Харьков, 2000. URL: <http://scicenter.online/teoriya-gosudarstva-prava/pravosoznanie-ponyatie-osnovnyie-86638.html> (дата обращения: 21.02.2017).

и несправедливости, гуманизма и жестокости, совершенства и несовершенства служит своеобразной основой как для оптимизации социального регулирования в целом, так и для определения позитивных тенденций правового воздействия, обеспечения действенности правовых средств.

Любой человек выступает в качестве носителя правосознания вне зависимости от его уровня: высокого или низкого, правильного или искаженного. Главное то, что гражданин имеет собственное мнение о праве, хоть оно может быть и не вполне компетентным. Бесспорно, что каждый судит о праве со своей позиции, но задача государства и общества заключается в том, чтобы формировать у всех желаемое и необходимое правосознание.

Далее в учебниках приводится более или менее подробный перечень функций правосознания, раскрывается содержание каждой из них, а затем дается описание структуры и видов правосознания.

Не преследуя цели ниспровергнуть указанные сведения, считая их информативными и полезными, мы, тем не менее, отметим некоторую ограниченность подобных трактовок. Правосознание здесь представлено в качестве какого-то производного феномена, не обладающего самостоятельной значимостью. Дело в том, что в рамках данной теоретической модели субъект и объект познания механически противопоставлены друг другу. Ведь даже сам термин «отражение» легко ассоциируется с образом человека, смотрящегося в зеркало: реальность и отражение принципиально разделены, они не могут полностью совпадать, причем отражению, по сравнению с реальностью, отведена заведомо вторичная, второстепенная роль. К тому же и сама формулировка «правосознание отражает правовую действительность» вряд ли может претендовать на логическую безупречность, поскольку содержит неявный круг.

В контексте же нашего исследования акцент переносится с воспроизводящего на созидательный характер осмысления, рефлексии личного и общественно признанного опыта, что в конечном итоге дает нам разумно организованную систему социальной регуляции как в нравственной, так и в правовой сфере.

Очевидно и бесспорно, что рациональность является неотъемлемым атрибутом права, именно тем его свойством, которое позволяет осуществить исторически значимую трансформацию — цивилизованный переход от «права силы» к «силе права», обеспечивающей устойчивость развитых правовых систем современности. Еще раз подчеркнем, что юридические конструкции — это не продукт чьей-либо физической мощи или монополии на принуждение, но результат сознательной интеллектуальной деятельности, направленной на достижение компромисса между множеством различных интересов людей, составляющих общество. Путем простого отражения, вне созида-

тельной работы сознания такой переход был бы невозможен. Любой правовой порядок всегда служит тому, чтобы воспроизводились определенные социальные институты, в этом смысле правовой порядок руководит людьми — но руководит через руководство их сознанием.

Предпринятый в настоящей части работы анализ рациональности права позволяет, в качестве своеобразного итога, сформулировать исходную гипотезу нашего исследования.

Итак, на уровне сознания есть некие элементы, позволяющие человеку составить определенные представления, мысленные образы, на базе которых, в свою очередь, постепенно развиваются, постоянно взаимодействуя, рациональные критерии для нормативной оценки жизни индивида и социума. На их основе впоследствии формируются системы морального и правового регулирования — автономные, но диалектически между собой связанные, находящиеся в корреляции. Такая связь может быть более или менее явственной, более или менее опосредованной — но она существует и, более того, нерасторжима именно в силу ее бытийного, онтологического статуса как для морального, так и для правового сознания, поскольку эти разновидности сознания восходят к общему источнику, скрытому в мысленных образах.

Если проиллюстрировать нашу гипотезу с помощью метафоры, то моральное и правовое сознание представляются не столько успешно разделенными сиамскими близнецами, сколько некими сообщающимися сосудами, едиными в принципе, но по тем или иным признакам все же дифференцированными. Так, единство обусловлено неотъемлемой общей конструктивной частью этих сосудов, в которой поверхности жидкостей соприкасаются, что и создает давление как действующую силу и предпосылку дальнейшей дифференциации: в зависимости от плотности каждой из жидкостей высота столбиков в сосудах будет одинакова либо различна.

Данный принцип сообщающихся сосудов видится нам своеобразным аналогом корреляции морального и правового сознания. «Разная высота столбиков» хорошо известна из мирового опыта: «падение нравов» в обществе неизменно сопровождается усилением репрессивных компонентов правопорядка, тогда как «возрастание духа», напротив, влечет большую степень свободы и самоорганизации, расширение дозволительных элементов и диспозитивных начал правового регулирования.

При том весьма важно отметить, что прогресс, поступательный ход истории человечества направлен именно к свободе, но не в обратную сторону. Как справедливо заметил в свое время В. С. Нерсесянц, «основной общецивилизационной закономерностью развития общественных отношений является прогрессивное движение ко все большей свободе и равенству все большего числа людей, вовлечение в этот процесс представителей всех слоев и групп общества. Свобода

индивида (ее мера, характер, содержание и т.д.) выступает в качестве главного критерия и основного итога достижений человеческой цивилизации на соответствующей ступени ее развития»¹.

И далее названный автор пишет: «Историческое развитие свободы и права в человеческих отношениях представляет собой, таким образом, прогресс равенства людей в качестве формально (юридически) свободных личностей. Через механизм права — формального (правового) равенства — первоначально несвободная масса людей постепенно, в ходе исторического развития преобразуется в свободных индивидов»².

Полагаем, что идеальная корреляция морального и правового сознания — это их динамическое равновесие как некое постоянное общее соотношение, организованная конфигурация-константа вне зависимости от общественных изменений и трансформаций действующего правопорядка.

¹ *Нерсесянц В. С.* Право — математика свободы: опыт прошлого и перспективы. М.: Юрист, 1996. С. 2.

² Там же. С. 5.

Масленников Дмитрий Владимирович

*проректор по научной работе Русской христианской гуманитарной академии (Санкт-Петербург),
доктор философских наук*

Сальников Виктор Петрович

*советник ректора Русской христианской гуманитарной академии
(Санкт-Петербург),
доктор юридических наук*

Два способа дедукции права и морали в классической трансцендентальной философии: смысл различия

В статье делается попытка зафиксировать смысл, содержащийся в расхождениях Фихте и Канта относительно способов дедукции понятий права и морали. Анализ установленного различия позволяет сделать вывод о том, что право и мораль генетически не связаны друг с другом: право не опосредствовано моралью и не является его абстракцией. Но при этом право и мораль содержательно не противоречат друг другу, поскольку являются результатом развития единой идеи абсолютного блага и между ними существует нечто вроде лейбницевской «предустановленной гармонии». Эта попытка дедукции идеи права из рефлексии деятельности абсолютного субъекта свободы, осуществленная И. Г. Фихте, может быть актуальна в процессе осмысления значения морали и права как факторов социальной стабильности.

Вопрос о дедукции понятия права из высшего основоположения науки был актуален для классической философии права, начиная с работ Гуго Гроция. Актуален он для философии права и сегодня, если только она желает быть наукой. Для этого философия права должна «показать, как всеобщее единство раскрывает в себе определенность права и правового сознания. Она должна суметь спроецировать заключенные во всеобщей гармонии бытия начала права в исторические формы развития человека, общества и государства»¹. Способ формирования дискурса перехода от *philosophia prima*, изучающей всеобщие начала, к позитивной теории права не зависит от личных предпочтений того или иного ученого. Он задается уровнем развития самой *philosophia prima*, т.е. глубиной познания сущности всеобщего единства мышления и бытия.

Античное понимание этого единства как объективной гармонии бытия сформировало учение Платона об идее всеобщего блага, которой

¹ Захарцев С. И., Масленников Д. В., Сальников В. П. Логос права: Парменид — Гегель — Достоевский. К вопросу о спекулятивно-логических основаниях метафизики права. М.: Юрлитинформ, 2019. С. 4.

причастны справедливость, государство, право. Аристотель реализовал потенциал построения теории права и государства, заключенный в том понимании опосредствования начал *philosophia prima* и позитивной науки, предел которого был задан платоновским понятием «причастности».

Теория естественного права, в интерпретации, которую дал ей Фома Аквинский, была основана на понимании «вечного права» как всеобщей субстанции. Поскольку всеобщая субстанция здесь еще не понималась как субъект (начало такому пониманию положил только Р. Декарт, а обосновал И. Кант), постольку знание о ней не могло быть развито из определений самой субстанции.

Соответственно, в учениях Нового времени от Гуго Гроция до Хр. Вольфа и Э. Ваттеля лишь постулировалась присущность нашему разуму знания о естественном праве как субстанции позитивного права (в форме «врожденных идей, раскрывающихся естественном свету разума»). Поэтому дедукция принципов позитивного права из основоположений естественного права была лишь благим пожеланием, но не реальным обоснованием правовой науки. Однако до Канта эта проблема, взятая в более общем виде как проблема перехода от всеобщего субъекта к формам особенных субстанций, была выражена (и то в неявной форме) лишь Р. Декартом.

В немецкой классической философии всеобщее единство мышления и бытия впервые трактуется не только как субстанция, но и как субъект, что составило исход всей предшествующей философии от античности до Нового времени. Субстанция-субъект понимается здесь как активная, самоосуществляющаяся свобода, при одновременной экспликации христианского понимания свободы в качестве высшего дара человеку, трактуемого в контексте теодицеи.

Ни Канта, ни Фихте уже не удовлетворял подход сторонников метафизического варианта теории естественного права, дедуцировавших правовые категории из основоположений, которые догматически трактовались как врожденные идеи разума, данные человеку в качестве некоторого «факта сознания».

Критикуя методологические предпосылки новоевропейского рационализма, И. Кант настаивал на том, что для достижения идеала достоверности и убедительности научной теории требуется обоснование всех без исключения научных положений, притом не только правовых, но и логических¹. Осуществить это представлялось возможным лишь на основе метода трансцендентальной рефлексии, который предполагал включение в систему логического, этического и правового знания рефлексии самого философа. Подобную позицию разделял и И. Г. Фихте².

¹ Кант И. Критика чистого разума. М., 1994. С. 72–74.

² Фихте И. Г. Сочинения в двух томах. Т.1. СПб, 1993. С. 15–22.

Расхождения между двумя классиками философии права начинаются с трактовки самих возможностей трансцендентальной рефлексии: Для Канта ее пределом было внутреннее содержание понятия свободы, полагание которого, тем не менее, декларировалось в качестве последнего условия дедукции достоверного знания. Для Фихте же само осуществление свободы субъекта и рефлексия относительно этого осуществления составляли действительное содержание первого основоположения науки.

Для Канта рефлексия только фиксирует источник познания — активность свободного субъекта. Но она не может сама быть формой познания, поскольку не может быть дана в формах чувственности. По Канту, познание возможно только в форме опыта, соединяющего категории рассудка с содержанием созерцания.

Поэтому Кант в силу своего понимания опыта как единственно возможной формы познания не может дедуцировать право в качестве формы реализации свободы субъекта *из самого же* субъекта, например, из его деятельности. В таком случае он получил бы *чистую* форму реализации свободы. То есть получил бы право.

Кант оказывается вынужденным абстрагировать эту форму реализации свободы субъекта от целостного *единства формы и содержания* процесса реализации свободы. А поэтому он не может уйти от *содержания* этого процесса. Но в таком случае первичным с необходимостью оказывается единство формы и содержания реализации свободы (мотива, как обозначает это содержание сам Кант), т.е. мораль.

Хотя Кант и не выводит непосредственно право из морали, мораль все же оказывается у него первичной, т.к. именно ее понятие доставляет материал для постулирования понятия права.

У Фихте, напротив, деятельность субъекта свободы обнаруживает себя в рефлексии в качестве объекта познания, не нуждаясь для этого в формах чувственного созерцания. В итоге для Фихте исходный пункт активности субъекта — это не абстрактная «вещь-в-себе», а деятельность абсолютного самосознания, процесс осуществления его свободы, хотя и нуждающийся в некоем первотолчке.

Именно из этой деятельности Фихте стремится дедуцировать главные основоположения науки, которые могут быть развиты до конкретных определений естественного права. Эти определения получают, таким образом, путем рефлексии над свободной деятельностью абсолютного Я и трансформацией результатов этой рефлексии в форму логических суждений. То есть мы «продвигаемся в нашей рефлексии до построения естественного права»¹.

¹ Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М.: «Канон+», 2014. С. 21.

Согласно Фихте, абсолютное самосознание как источник дедукции всякого знания является практическим действием, а свобода — первичным условием осуществления этого действия. Самосознание и ее свобода являются не каким-то внешним объектом, а способом самореализации самого субъекта. Поэтому, считал Фихте, спрашивать о познании свободы бессмысленно, т.к. его идея сама является первичным условием всякого познания. Фактом сознания эту свободу делает акт рефлексии. При этом познание ученый не сводит, подобно Канту, к форме опыта. Единство действия и рефлексии, считал Фихте, и есть как раз то, что определяет достоверность и объективность первого основоположения науки: «Разуму принадлежит здесь только наблюдение за движением Я, обращение же на самого себя составляет деятельность самого Я, которое поэтому объективно по отношению к рефлексии»¹.

Таким образом, обоснование норм права опирается у Фихте не на абстрактные «врожденные идеи разума» в духе Гроция и Вольфа и не на кантовское представление о высшем единстве самосознания как «вещи-в-себе», в действительности, представляющее собой еще большую абстракцию, чем теоретические выкладки правоведов-вольфианцев. Источником и основой права выступает объективная деятельность субъекта свободы, которую Фихте стремится интегрировать в свою теорию именно в качестве объекта. Высшее основоположение наукоучения Фихте имеет «двойную природу» субъекта и объекта, т.е. является «субъект-объектом». Такого рода «субъект-объект» обозначается Фихте посредством понятия «Я».

Подобное, совершенно новое в истории науки, решение (сделать началом научной теории не отражение объекта, а сам по себе объект, фиксируемой в неразрывной связи с рефлексией субъекта) дало возможность Фихте осуществить следующий шаг по пути обоснования права. А именно: обосновать, исходя из понятия «субъект-объекта» объективность других субъектов. И уже от этого переходить к принципам отношений, возможным между этими объективными «другими» субъектами. Эти принципы позволят развить абстрактное понятие другого субъекта до понятия личности, а возможную форму отношений между ними определить как право.

Логика развития этого содержания у Фихте примерно следующая. Источником и содержанием Я является его свобода, поскольку источник его деятельности должен быть заключен в самом субъекте². Реализация этой свободы возможна лишь при наличии некоторого

¹ Фихте И. Г. Сочинения в двух томах. Т.1. СПб, 1993. С. 484.

² Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М.: «Канон+», 2014. С. 20.

противоположного ей чувственного мира¹. Однако в этом чувственном мире, который сам по себе не может содержать свободы в силу своей полной противоположности свободной сфере Я, должны, тем не менее, содержаться объекты, также заключающие в себе свободу, а такими могут быть лишь объекты, предполагающие «других разумных существ вне себя»².

Сразу отметим, что для Фихте сам факт прямой дедукции из принципа свободы положения о необходимой объективности других лиц, имплицитно заключает в себе требование ограничения этой изначальной свободы, а равно и свободы других³. Принципом отношения личности к таким объектам, т.е. к другим личностям (а именно: отношения, осуществляемого в соответствии с идеей своей внутренней свободы и предполагающего свободу других), согласно Фихте, как раз и является принцип «естественного правоотношения»⁴. Согласно принципу естественного правоотношения, «мысленно представляют всякого члена общества ограничивающим своей внутренней свободой свою внешнюю свободу так, чтобы все другие рядом с ним также могли быть во внешнем отношении свободны»⁵. Здесь же Фихте предлагает и свое предельно общее определение права: «общностью между свободными существами как таковыми»⁶. Последняя оговорка («как таковыми») не является случайной. Эта оговорка указывает на то, что для отношений права существенно только то, что они являются отношениями между абстрактными субъектами, взаимно признаваемое содержание которых заключено лишь в том, что они: во-первых, содержат в себе имманентную свободу и, во-вторых, являются внешними и объективными друг для друга.

Поскольку это понятие права непосредственно дедуцируется Фихте из идеи свободы самосознания, автор наукоучения не нуждается в опосредствовании понятия права определениями морали, как мы находим это у Канта. Общая посылка этико-правового учения была едина для Канта и для Фихте. В целом она предполагала включение деятельности субъекта познания в объект его рефлексии, что, в свою очередь, задает необходимость дедукции основоположений права из деятельности субъекта на основании идеи свободы.

¹ Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М.: «Канон+», 2014. С. 26.

² Там же. С. 31–38.

³ Там же. С. 12.

⁴ Там же. С. 41–45.

⁵ Там же. С. 13.

⁶ Там же.

Но саму эту задачу ученые решают по-разному: для автора «Критики практического права» и «Метафизики нравов» переход от свободы субъекта к нормам права опосредствован высшим нравственным законом, для автора «Основы естественного права согласно принципам наукоучения» право непосредственно обосновано в идее свободы.

По Канту, именно характер отношения к высшему нравственному закону определяет различие принципов моральности и легальности. Именно принцип легальности, опосредствованный высшим нравственным законом, является исходным пунктом для дедукции категорий права: если при определении содержания того или иного поступка мы принимаем во внимание мотив действия, то мы имеем отношение моральности. Правда, по Канту, таким мотивом может быть только следование высшему нравственному закону, что составляет долг человека. Если же мы принимаем во внимание только форму следования высшему нравственному закону, то мы получаем определение легальности. Последнее, как раз и является источником дедукции права и правовых норм¹. Мораль, таким образом содержательна. Она включает в себя как форму следования высшему нравственному закону, так и мотив, определяющий процесс этого «следования». Право же представляет собой лишь абстракцию формы этого процесса и включает в себе только его возможность².

Фихте же, поскольку он находит непосредственные основания права в идее свободы, считает возможным и целесообразным отделить право от морали, а этику от юриспруденции. Вопрос об отношении права и морали автор «Наукоучения» решает в соответствии со своим пониманием задачи дедукции основоположения науки о праве из общих принципов наукоучения и в соответствии с самими результатами этой дедукции. А именно: поскольку право можно с математической точностью вывести непосредственно из разума, то нет и необходимости введения морального звена в цепь дедуктивных рассуждений, ведущих к идее права. Он пишет: «Дедуцированное понятие права не имеет ничего общего с нравственным законом, дедуцировано без него, и уже в этом заключается, поскольку для одного и того же понятия возможно не более одной дедукции, фактическое доказательство того, что его не следует дедуцировать из нравственного закона»³. Значит, науки о праве и морали также не связаны друг с другом: «Обе

¹ Кант И. Критика чистого разума. М., 1994. С. 60.

² Фролова Е. А. История политических и правовых учений. М.: Проспект, 2021. С. 285.

³ Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М.: «Канон+», 2014. С. 52.

эти науки уже изначально и без нашего содействия разделены разумом и совершенно противоположны друг другу»¹.

Важно, что свое понятие права Фихте получает, следуя принципам трансцендентального метода «Критики чистого разума» с учетом той корректировки, которую внесла в него «Основа общего наукоучения»: «Понятие права должно быть изначально понятием чистого разума; следовательно, нужно рассмотреть его указанным способом»². Вместе с тем, как нам представляется, трансцендентальный метод познания права достигает в учении Фихте не только высшего развития, но и своего предела. Это связано с тем, что содержание понятия изначальной свободы личности лишено в наукоучении Фихте своего конкретного содержания, несмотря на все многочисленные декларации ученого по этому поводу.

Фихте в своей дедукции понятия права удается показать, что все определения права имеют корень в свободе личности и являются своего рода модификациями определения этой свободы. Дело, однако, состоит в том, что благодаря этой дедукции само понятие свободы не получает действительной конкретизации. Фихте развернул дискурс понятия свободы на процесс дедукции права, но ему не удалось сделать обратный (или параллельный) шаг: ему не удалось показать содержание процесса развития права как внутреннего содержания самого понятия свободы. Последнее, поэтому, сохраняет свой абстрактный характер, хотя эта абстрактность, как мы видим, уже совсем другого рода, чем у Канта.

Полагаем, что заочная дискуссия между Кантом и Фихте по вопросу об отношении права и морали, этики и юриспруденции еще не получила своего окончательного разрешения, поскольку требуется еще раз, с учетом достижений современной историко-правовой науки, проанализировать и оценить их аргументы и контраргументы по этому вопросу. Важно не просто констатировать различие подходов Канта и Фихте к вопросу о дедукции права и морали из высшего основоположения науки, но и раскрыть, *почему* это различие имело место и какой *смысл* несет оно в себе для современной философии права. Постараемся ответить на эти вопросы.

Прежде всего отметим позицию по этой проблематике Т. Гоббса, сформировавшего в правовой науке парадигму общественного договора, отличную от новоевропейской теории естественного права и от парадигмы свободы классической философии права³. У Гоббса

¹ Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения. М.: «Канон+», 2014. С. 53.

² Там же. С. 12.

³ Фролова Е. А. Из истории философии права: Т. Гоббс о государстве и праве // Право и государство: теория и практика. 2020. № 6 (186). С. 42–44.

мы находим пожелание осуществить одновременную дедукцию права и морали из конвенционально установленного естественного закона. Однако это пожелание остается неосуществленным, поскольку не раскрыто само понятие конвенции, природа и источник его субъектности. В гоббсовской модели общественного договора не раскрывается источник порождающей силы (мощи, как выразился бы Гегель: «Macht») субъекта общественного договора.

Преодолевая натурализм новоевропейского эмпиризма, Кант в своем учении о трансцендентальном субъекте делает акцент именно на этой творческой, порождающей, силе субъекта, которая для него тождественна со свободой субъекта (в дальнейшем интерпретированная Фихте и Шеллингом как субстанция-субъект). Но эта свобода остается пустым пожеланием без своей реализации, если субъект не обладает творческой силой самореализации. Самореализация субъекта свободы, по Канту, это полагание высшего нравственного закона и полагание долга следовать ему. Так субъект свободы становится субъектом морали и по форме, и по содержанию. Фиксация только формы условий реализации субъекта как субъекта свободы составляет комплекс норм права. Сам же процесс этой реализации в указанных формах дает нам возможность определить эти формы как формы морали.

Таким образом, по Канту, есть лишь одна-единственная форма реализации субъекта свободы. Полагаем ли мы эту форму (и ее внутреннее деление, которое фиксируется как нормы права) в качестве формы морали или в качестве формы права, зависит от того, принимаем ли мы во внимание содержательную сторону процесса самореализации свободы или не принимаем. То есть зависит исключительно от установки субъекта. Таким образом, в полном соответствии и с духом, и с буквой кантовского этико-правового учения, различие права и морали определяется не их объектным содержанием, а только познавательной установкой субъекта. Конечно, различать форму процесса свободы как только форму (право) и форму процесса свободы как форму вместе с его содержанием (мораль) составляет прерогативу и своего рода гносеологическую обязанность, вмененную Кантом разуму. Но, все же, это не отменяет субъективизма в трактовке различия морали и права.

Кантовский субъективизм в трактовке процесса осуществления свободы (в трактовке отношения формы и содержания этого процесса) является проявлением того, что процесс свободы (причинно обусловленный свободой субъекта) сам по себе не является способом изображения этого субъекта. Он и не может им быть по определению, ведь, как уже отмечалось, субъект свободы в координатах кантовского мышления — это непременно «вещь-в-себе», т.к. никогда не может быть дан в опыте (единственно допустимой форме познания, по Канту).

В итоге оказывается, что содержательно субъект свободы и процесс его осуществления никак не связаны. Если бы Кант допустил возможность понимать процесс самореализации субъекта свободы как способ самообнаружения и самоизображения этого субъекта, то он раскрыл бы внутреннее диалектическое единство объективности этого процесса в целом, с одной стороны, и субъективности абстрагирования формы процесса, с другой стороны. А значит, различие формы процесса осуществления свободы как чистой формы (права) и формы в единстве с содержательным мотивом (мораль) должно было бы пониматься не только как различие, обусловленное произволом субъективной установки разума, но и как различие, обусловленное объективностью самого процесса развития и воплощения в мире субъекта свободы, со всеми его возникающими и эмпирически фиксируемыми мотивами, их объективными условиями, способами воплощения и т.п.

Но последняя трактовка уже, по сути, ближе к гегелевскому историко-логическому пониманию права: к пониманию субъекта свободы как исторического процесса, а исторического процесса как действия субъекта свободы. Именно из такого способа понимания (если обозначить его в категориях трансцендентальной философии, не собственно гегелевской) выросла трактовка Гегелем и права, и морали, и их саморазличия, и их самоотождествления: трактовка, столь отличная от кантианской. У Гегеля субъект свободы (дух) и процесс объективной реализации этого субъекта (история как *Geschichte*¹) немислимы друг без друга: без духовного субъекта свободы история не является историей (она есть лишь эмпирическая последовательность фактов, в которых не светится видимостью их смысл — *Historie*), без истории субъект не является субъектом свободы, т.к. свобода без мощи своей самореализации является таковой только по названию. Поэтому право и мораль «дедуцируются» не из самого по себе субъекта свободы и не из самого по себе процесса объективизации этого субъекта, а из их духовного единства².

Возможность (и необходимость) перехода к такому уровню мышления свободы, права и морали, которое мы находим в «Философии права» Гегеля, заключало в себе уже и кантовское учение как его теоретическая предпосылка³. Последнее, однако, не исчерпало своего

¹ Захарцев С. И., Масленников Д. В., Сальников В. П. Логос права: Парменид — Гегель — Достоевский. К вопросу о спекулятивно-логических основаниях метафизики права. М.: Юрлитинформ, 2019. С. 33–34.

² Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 75.

³ Prauss G. *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*. München: Verlag Karl Alber, 2008. S. 12–16.

творческого потенциала до тех пор, пока не была осуществлена попытка последовательно раскрыть переход субъекта свободы в формы его объективации. И тем самым раскрыть содержание процесса свободы как способа самоизображения этого субъекта. Именно эту исторически возможную (и, возможно, необходимую) работу мысли осуществил Фихте.

В таком случае то, что у Канта фиксировалось как чистая форма, т.е. лишенная содержания, форма реализации свободы (право) и как форма в единстве с содержанием мотивов объективации (мораль), должно было выводиться из самого субъекта свободы. Устанавливать их различия еще и на уровне объективной реализации субъекта (как это делал Кант) для Фихте, таким образом, становилось совершенно бессмысленно. Поэтому Фихте вполне оправданно мог утверждать, что он дедуцировал право непосредственно из деятельности самополагания субъекта свободы и не нуждается в опосредствовании этого дедуцирования посредством понятия права. В таком случае, вопрос о том, что первично, право или мораль, и что чем опосредствовано, в принципе, может не ставиться. А, может быть, и не должен ставиться.

Аубакирова Индира Ураловна

профессор Высшей школы Права

Университета КАЗГЮУ имени М.С. Нарикбаева,

доктор юридических наук

(Нур-Султан, Республика Казахстан)

Правовой порядок в контексте ценностного содержания и правовой традиции

Социальный порядок представляет собой совокупность общественных отношений в рамках определенной пространственно-временной реальности, формирование которого позволяет обществу воспроизводить себя, а также «облегчать» социализацию индивидов. Посредством утверждения совместных правил, нивелирующих хаотичное состояние и упорядочивающих социальные взаимосвязи, индивиды сплачиваются в организованную целостность для самосохранения и обеспечения как общих, так и частных интересов.

Возникновение в обществе представлений о значимости установления социального порядка побуждает к размышлениям о его идеальной, должной форме. Понятие должного порядка тесно сопряжено с представлением о справедливости и праве. Социальный порядок приобретает большую стабильность и эффективность, если в общественном сознании воспринимается как справедливый, а на более поздних этапах, по мере эволюции социальных отношений, — если основывается также на позитивном потенциале права и закона. Право дает обществу то, в чем оно нуждается — определенность. Социальный порядок и правовой порядок являются своего рода институциональными подпорками друг для друга. Социальный порядок устойчив настолько, насколько мощь публичной власти позволяет поддерживать правовой порядок. Другими словами, социальная стабильность во многом обуславливается степенью эффективности правового регулирования общественных отношений и реализации в конкретном обществе норм действующего законодательства. В современном государстве правовой порядок представляет собой имманентный признак социального порядка.

Правопорядок, отмечается казахстанскими правоведами, выступает социальной ценностью и охватывает общественные отношения, регулируемые нормами права. Он появляется как объективная необходимость и закономерный результат развития общества, представляя собой эталон (образец) в выборе индивидами поведенческих решений¹.

¹ Теория государства и права / И. С. Ибраева, С. А. Сартаев и др. Алматы, 2017. С. 160–161.

Социальный порядок и правовой порядок имеют свои содержательно-смысловые различия. Социальный порядок — более широкая категория, и он предшествует формированию правового порядка. Социум появляется в качестве такового при возникновении фактора упорядоченности социальных взаимодействий, регулируемых с помощью социальных норм. Социальный порядок поддерживается посредством таких нормативных социальных регуляторов как нормы-обычаи, табу, ритуалы, религиозные и морально-нравственные нормы. Субъектами нормотворчества выступают общественные институты, субъектами правотворчества — преимущественно публично-властные институты. Правовой порядок, по сути, есть эманация социального порядка. Он формируется по мере закономерного усложнения социальных отношений, укрепления публичной власти, и его важнейшим признаком является наличие правовых норм как общеобязательных правил поведения, обеспечиваемых силой публично-властного принуждения. Идеальная модель социального порядка предполагает развитие гражданского общества, в то время как идеальный правовой порядок коррелируется с идеей правового государства.

Стоит отметить, проблематику социального порядка нельзя признать обделенной вниманием в философской и юридической науках. Как известно, впервые на теоретической основе проблема социального порядка была актуализирована Т. Гоббсом. Вслед за ним авторы, исследовавшие аспекты социального порядка, в своем подавляющем большинстве рассматривали ее в контексте поиска компромисса между различными интересами индивидов и социальных групп для обеспечения общественной гармонии и стабильности. Следует присоединиться к мнению, что, по сути, все ключевые понятия современности, к примеру, «государство», «право», «конституция», «суверенитет», «политика», являются понятиями социального порядка¹. Иными словами, фактически всякие ценностно-значимые для обществоведения понятия так или иначе связаны с вопросами упорядочения социальных действий, установления порядка.

Высокостабильные общественные отношения опираются на устойчивый правовой порядок, который, в свою очередь, является производным из подобных стабильных отношений. Социальный порядок и правовой порядок — категории взаимообусловленные. В условиях нестабильных, кризисных общественных отношений, социальных катаклизмов обеспечить правовой порядок сложнее, равно, как и социальный порядок в современном государстве обеспечивается на основе режима законности, правопорядка.

¹ Кильдюшов О. Проблема социального порядка (Гоббсова проблема): к эвристике и прагматике конститутивного вопроса современной теории общества // Социологическое обозрение. 2016. Т. 15. № 3. С. 126.

Порядок как социальный феномен начинает оформляться с тех времен, когда общество, мотивируемое поиском наилучших способов выживания и путей преодоления социальных потрясений, хаоса и конфликтов, стало рефлексировать над условиями своего бытия и идеалами социального устройства. Внесение элемента упорядоченности в социальные действия коррелирует с процессами генезиса и развития права, выступающего каркасом в установлении социального порядка. Подобную роль право играет во всех современных обществах, ибо замены праву как важнейшему институту, упорядочивающего общественные отношения, в ближайшей перспективе не предвидится. Право, по существу, это и есть идея о социальном порядке и во имя социального порядка. Вспомним аристотелевское изречение о том, что «закон есть некий порядок; благозаконие, несомненно, есть хороший порядок»¹. Собственно, право и возникло как социальный институт, предназначение которого в том, чтобы обеспечивать порядок. Право, правовые нормы, институты, правовой порядок призваны олицетворять управляемость и стабильность социальной жизнедеятельности.

Взаимообусловленность социального порядка и права предполагает соотнесение проблематики социального бытия с ценностью правового порядка. Как верно подметил Б.А. Кистяковский, «из всех формальных ценностей право, как наиболее совершенно развитая и почти конкретно осязаемая форма, играет самую важную роль. Право в гораздо большей степени дисциплинирует человека, чем логика и методология или чем систематические упражнения воли. Главное же, в противоположность индивидуальному характеру этих последних дисциплинирующих систем, право — по преимуществу социальная система, и притом единственная социально дисциплинирующая система. Социальная дисциплина создается только правом: дисциплинированное общество и общество с развитым правовым порядком — тождественные понятия»².

Являясь порождением конкретной социальной среды, правопорядок способен преобразовывать ее. Правопорядок меняет, воспитывает общество, причает действовать в соответствии с законом. С другой стороны, общество также имеет возможности для того, чтобы изменить правопорядок в соответствии со своими потребностями и интересами. Правопорядок — это, по сути, отражение воли общества, он формируется в рамках общества и для общества. Общество создает его в соответствии со своими потребностями, воздействует на него через представительство в законодательной и иных ветвей власти. Чем

¹ Аристотель. Политика // Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 4. М., 1983. С. 597.

² Кистяковский Б. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) (часть 1) // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы 2005. Вып. 1. С. 21.

более зрелое гражданское общество, тем большее воздействие претерпевает правовой порядок. Основная функция правового порядка — регулировать и реагировать на социальное поведение. В этом смысле правовой порядок можно рассматривать как своего рода социальное устройство, действующее внутри общества.

Правопорядок может опережать или, напротив, отставать от происходящих изменений в обществе. Его стабильность и эффективность зависит, наряду с другими причинами, от фактора, развивается ли он в унисон с социальными процессами, потребностями и ожиданиями.

Как отмечается в казахстанской теоретико-правовой литературе, правовой порядок имеет тесную связь с правовой психологией¹.

С учетом этого, необходимо принять во внимание аксиологические аспекты. Правовой порядок — исторически устоявшееся социальное явление, природа которого обуславливается эмпирическими реалиями, сложившимся укладом жизни конкретного общества и доминирующими правовыми ценностями. По Дж. Финнису, «развитие современной юриспруденции наводит на мысль, а методологическая рефлексия всех общественных наук подтверждает, что теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ социальных фактов, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию... того, что на самом деле хорошо для человека»². Не будет преувеличением сказать, что правовой порядок по своей природе принадлежит к важнейшей правовой ценности, предполагающей ее защиту от любых нарушений и посягательств. Недооценка значимости правового порядка может повлечь дестабилизацию общества, возрастание угрозы нарушения самой основы, на которой зиждется социальное общение. Согласно Парсонсу, ценности выступают в виде «коллективных представлений», которые определяют желаемый тип социальной системы, и именно «согласованные ценностные приверженности» определяют стабильность социального порядка³. При этом право призвано выполнять функцию интегративного механизма, пресекая противоправную деятельность и тем самым восстанавливая социальное равновесие. Право на взгляд Парсонса представляет собой общественный консенсус, что чрезвычайно важно для упрочения социального порядка⁴.

С периода появления гоббсовских изысканий ценность социального порядка, устанавливаемого с помощью права, в научной литературе часто обосновывается утилитаристскими соображениями и соотносится с общественной выгодой. В результате добровольно выраженного согласия рационально мыслящими индивидами заключается

¹ Булгакова Д. А. Мемлекет және құқық теориясы. Алматы, 2013. С. 99.

² Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 19.

³ Парсонс Т. Система современных обществ. М., 1998. С. 20.

⁴ Roach Anleu S. L. Law and Social Change. London, 2000. P. 139.

контракт о том, что каждый признает общую выгоду в подчинении субъекту властного принуждения и соблюдает установленные им обязательные правила поведения. Следуя логике Финниса, общее благо (общая выгода) заключается в совокупности условий, позволяющих «членам сообщества достигать поставленных перед собой разумных целей или разумно обретать для себя ценность или ценности, ради которых им стоит сотрудничать друг с другом». Общее благо — это «оправданное значение выражений «общее благоденствие» или «общественный интерес»¹.

От Гоббса до Юма и Смита в общественной мысли господствовал «расплывчатый», еще не завершившийся в своих научных обоснованиях ординализм (подход, устанавливающий сопоставительное измерение полезностей, согласно которому блага ранжируются по определенному порядку в зависимости от их полезности, при этом полезность невозможно измерить в количественных единицах, это субъективная категория, не существует никакого эталона измерения полезностей, и полезности можно лишь сопоставить в терминах «больше», «меньше» и «равно»)². Согласно оппонентам ординалистов — кардиналистам — ценность заключена в самих объектах, она носит объективный характер. Так, Дж. Бентам (разработчик идеи «объективного утилитаризма») исходил из того, чтобы общество путем суммирования «объективных полезностей» может определять меру полезности всего общества (и необходимо стремиться к тому, что «приносит наибольшее благо наибольшему количеству людей»).

Парето, проponent ординализма, опроверг с метафизических позиций обоснования кардиналистов и убедительно показал, что полезность (ценность) какого-либо блага должна рассматриваться как субъективная и порядковая категория, которая не может быть сопоставима и измерима на межличностном уровне. Со времен Парето в научном мире доминирует ординалистский подход, и среди исследователей утвердилось мнение о конкурентном характере ценностей, отсутствии абсолютных ценностей, о том, что каждую ценность можно оценить с точки зрения «больше» или «меньше» в зависимости от того, насколько она согласуется с другими ценностями³.

Ценность, полезность какого-либо блага всегда определяется явно или имплицитно в сравнении с другими ценностями и с учетом конкретного пространственно-временного континуума. В этом ракурсе В. Б. Исаков задается вопросом, можно ли вообще сравнивать и измерять ценности. При использовании термина «шкала ценностей»

¹ Финнис Дж. Указ. соч. С. 198.

² Hardin R. Law and Social Order // Philosophical Issues. Vol. 11, Social, Political, and Legal Philosophy. 2001. P. 68–69.

³ Там же.

подразумевается не формально установленная шкала, а определенная ценностная иерархия, указывается позиция одной ценности относительно другой, то есть, одни ценности измеряются другими ценностями. Профессор полагает, что стремление измерять и сравнивать ценности по какой-либо универсальной внешней шкале, например, в деньгах, носят сомнительный характер и не считаются научно значимыми. Хотя могут быть и исключения¹. Подобная трактовка измерения ценностей укладывается в рамки ординалистского подхода.

Если рассуждать в ординалистских категориях, правовой порядок, безусловно, является благом высокого порядка. Это можно выявить, к примеру, при сопоставлении полезности правового порядка и полезности личных прав и свобод, гипотетически ставя их «на аксиологическую чашу весов», сравнивая их ценность для индивидов и общества. Правовой порядок носит, безусловно, «высокорентабельный» для общества характер, поскольку невозможно в принципе вести речь о перспективах, правах и свободах личности, если царят беспорядок, хаос, война всех против всех. Общество заинтересовано в правовом порядке, эффективной реализации регулирующей функции права, без чего права и свободы личности становятся лишь декларацией². Вместе с тем, правовой порядок, чтобы быть стабильным, не может не считаться с правами и интересами индивидов, поскольку именно общество обеспечивает ему легитимность. Как верно подметил Парсонс, эффективность правопорядка во многом зависит от получаемой моральной поддержки людей, для которых важно усматривать в нем «внутренне присущую» справедливость³.

К правовым ценностям, которые определяют эффективность и стабильность правового порядка конкретного государства, относятся те ценности, которые лежат в основе концепции правового государства. Правовой порядок, трактуемый как должный, соотносится с такими ценностями, как главенство права и закона, обеспечение прав и свобод человека и гражданина, равенство всех перед законом, разделение ветвей государственной власти, независимость судебной власти, иные идеи, составляющие идеал правового государства. По Б. А. Ки-

¹ Исаков В. Б. Ценностный подход в юридическом дискурсе // Правовые ценности в фокусе сравнительного правоведения: сб. мат. IX Международного конгресса сравнительного правоведения / Москва, 2 декабря 2019 года. — М., 2020. С. 25–26.

² Следует отметить, что понятия «общее благо» (социальный порядок) и благо индивида («права, свободы и интересы индивидов) отнюдь не являются взаимоисключающими. По справедливому утверждению Дж. Финниса, общее благо и есть, по существу, благо индивидуумов... Поэтому попытка поглотить индивидуумов в общих предприятиях была бы разрушительной для общего блага, как бы не преуспевали общие предприятия» (Финнис Дж. Указ. соч. С. 213–214).

³ Американская социология. Перспективы, проблемы, методы. М., 1972. С. 367.

стяжковскому, основа прочного правопорядка заключается главным образом в свободе личности и ее неприкосновенности¹.

Вместе с тем, эмпирические реалии демонстрируют такие формы правовых порядков, которые основываются на неправовых законах. Отсюда, ценность (полезность) правопорядка носит для общества относительный, обусловленный характер. Правопорядок не самоценен, он ценен постольку, поскольку ориентирован на благо общества и индивидов. М. Т. Баймаханов относительно установления правопорядка, которое ориентировано на верховенство права, отмечал, что подобным свойством — верховенством — обладает не всякое право, а право государства, последовательно придерживающегося принципов правовой государственности, настойчиво развивающегося в этом направлении, достигшего ее ближайших подступов².

Правопорядок целесообразно исследовать в привязке к конкретному обществу, что подразумевает внимание к нормативно-оценочной стороне, выявление его доминирующих ценностных ориентаций. Исследование правопорядка в отрыве от конкретной социальной среды, по сути, лишено смысла, поскольку каждая среда характеризуется своим уникальным бэкграундом, и в различные периоды ее эволюции могут формироваться, трансформироваться либо разрушаться сущностно отличающиеся правопорядки. В познании онтологии правового порядка необходимо принимать во внимание специфику правовой традиции как его важнейшей посылке. Как известно, в веберовской трактовке доминирующие ценности выступают детерминантами социальных действий в различных социальных средах, определяя их особенности.

Нормативно-оценочные установки, составляющие ценностное ядро в правосознательных установках конкретного общества, являются в основном неизменными, определяя социокультурную идентичность и поддерживая социальную гармонию и стабильность. Вместе с тем, в современных реалиях, вследствие внутренних и внешних условий развития, происходит трансформация общественных потребностей, изменения в структуре частных интересов и повышенная мобильность социальных взаимосвязей. Эти сдвиги объективно приводят к динамике структуры и иерархии правовых ценностей, нарушают установившуюся гармонию ценностей, в том числе правовых, выдвигая в разряд доминирующих иные ценности, следствием чего становится появление новых представлений об общем благе. Иными словами, динамика ценностных ориентаций влечет изменение правового порядка.

¹ См. подр.: *Фролова Е.А.* Философия права в России: неокантианство (вторая половина XIX — первая половина XX века): монография. М., 2019.

² *Баймаханов М. Т.* Право в глобальном мире: принцип верховенства права и актуализация традиционных начал и принципов // Вестник КазНУ. Сер. юридическая. 2011. № 3. С. 13.

Гипотетически общественные отношения могли бы выступать в неизменном, статичном виде, и в этом случае ценности, в том числе правовые, не конкурировали бы и тем более не конфликтовали, что являлось бы фактором социальной солидарности, стабильности и устойчивости правового порядка. Однако в эпоху глобализации и информационных технологий практически все сферы жизнедеятельности общества, включая правовой порядок, подвержены высокой степени изменчивости, что обуславливает, в свою очередь, усиление конкуренции правовых традиций и возникающих извне или внутри общества инноваций.

Сегодня на постсоветском пространстве конкурируют различные ценностные установки, во многом обусловленные закрепленными в общественном сознании представлениями о «идеальном» социальном и правовом порядке, о том, на каких отправных принципах он (порядок) должен строиться. Подобное аксиологическое напряжение в представлениях о наилучшем социальном и правовом порядке связано во многом с либеральными-ориентированными и этатистскими ценностями, лежащими в основе правового сознания граждан. На одном полюсе находится часть общества, ориентированная на приоритет частных интересов над публичными интересами, индивидуальные права и свободы, ценности самовыражения и автономности личности. На другом полюсе доминируют представления о таком социальном и правовом порядке, в котором сильные институты внешнего принуждения необходимы для обеспечения высокой социальной защищенности граждан и их безопасности. По сути, речь здесь идет о конкуренции индивидуалистических и коллективистских ценностей.

В этом ракурсе следует отметить, что важнейшим фактором, влияющим на форму правового порядка, установившуюся в конкретном государстве, является традиция. Г. Дж. Берман утверждает, что ответ на вопрос, что такое право и как оно соотносится с политикой и моралью, невозможно найти без понимания, что такое правовая традиция, как она возникает и развивается¹.

Правовой традиции, сложившейся в конкретном обществе, принадлежит важная функциональная роль в обеспечении стабильности социального и правового порядка. Согласно утверждения К. Манхейма, хотя культура формирует свой особый мир, в котором функционируют институты и традиции, все же культурная и социальная жизнь тесно взаимодействуют, в том числе и в случае, когда это взаимовлияние неявно².

В юридической литературе политико-правовая традиция определяется как действующая в рамках определенной социально-полити-

¹ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 363.

² См.: Манхейм К. Человек и общество в эпоху преобразования // Диагноз нашего времени. М., 1994. С. 311

ческой общности система передачи политико-правовых ценностей, сформировавшихся под воздействием геополитических, экономических и социокультурных факторов, с помощью которой, соединяя настоящее с прошлым, происходит процесс отбора, стереотипизации юридического опыта, передачи правовых стереотипов¹. Мировосприятие любой социально-политической общности сопряжено с семиотическими элементами, формирование которых уходит корнями в прошлое и с помощью которых организуется современный порядок, в том числе правовой. Традиция опосредует правопорядок, обеспечивая его устойчивость и преемственность.

Социальные среды характеризуются своими правовыми архетипами, ценностями и установками, которые оказывают существенное влияние на формы правового порядка. Ориентация сугубо на универсальные ценности в ущерб традиционным приводит к неустойчивости правовых порядков. В подходах к изучению ценностей, лежащих в основе правопорядка, необходимо учитывать вариативность политико-правовых форм жизнедеятельности обществ и сложившихся в них ценностных парадигм.

Общество воспроизводит исторически сложившиеся институты, в том числе связанные с правопорядком, на имманентном ему правоценностном фундаменте. Формообразующая роль ценностных ориентаций тесно сопряжена как с рациональными, так и коллективно-бессознательными (архетипическими) схемами, которые в каждом типе общества имеют свои особенности. Согласно воззрениям К. Юнга, архетипы (в том числе правовые) существуют прежде сознания и обуславливают его, они выражают априорные структурные формы инстинктивного фундамента сознания². Общественное сознание, охватывающее рефлексивные и нереплексивные начала ментальных структур, ориентирует общество на определенный алгоритм воспроизводства социального и правового порядка. Объективация правопорядка как сложного и многогранного институционального образования происходит на определенной социальной среде, в которой исторически сформировалась своя уникальная правовая традиция.

Либерализм³ и этатизм настаивают на разном ценностном фундаменте правового порядка. Западное общество основывается на либе-

¹ См.: Сальников М. В. Генезис и эволюция российской политико-правовой традиции: Историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. СПб., 2005. С. 3.

² Юнг К. Поздние мысли // Юнг К. Собр. соч. Дух Меркурий. М., 1996. С. 365.

³ Здесь мы отталкиваемся от либеральных воззрений, соответствующих их классической версии, то есть такой, как они сложились в западной правовой мысли и практиках. Как известно, русская интеллектуальная либеральная традиция имела ряд своих особенностей (См. подр.: Жуков В. Н. Русская философия права: от рационализма к мистицизму. М.: Юрлитинформ, 2013).

ральной парадигме правового порядка, идее самоценности индивида и приоритета его прав, свобод и интересов. Либеральная парадигма артикулирует необходимость установления такого правопорядка, в котором индивид защищен от потенциальных угроз со стороны государства.

Протагонисты этатистских воззрений производят акцент на главенствующей роли субъекта легитимного принуждения в установлении стабильного и эффективного правопорядка. В основе же либеральной формы правопорядка находится вера в абсолютную ценность и самодостаточность индивида, который создает, исходя из рациональных соображений, правовые институты и способен их совершенствовать. Другими словами, не социальный и правовой порядок социализирует индивидов, а автономные индивиды созидают, сообразуясь лишь с собственной волей и разумом, социальный и правовой порядок, его институты.

Этатистская парадигма фокусируется на ценности государственной власти, потенциал которой определяет эффективность и устойчивость правопорядка. Этатизм отрицает универсалистские трактовки правового порядка. С этатистской точки зрения именно национальное государство является охранителем, защитником правовых ценностей и норм, а не международное сообщество. Каждое государство имеет свою уникальную правовую традицию и формы социальных регуляций, и нет оснований для того, чтобы правовые порядки других государств механически переносились на иную социально-политическую почву.

Гражданское общество на Западе, в отличие от Востока, появилось одновременно с созреванием современного государства, что и сделало возможным формирование правового порядка, ограничившего власть государства до круга вопросов, которые общество не могло разрешить собственными силами¹. Каждое общество характеризуется своим уровнем потенциала индивидов, готовых взять на себя риск и самостоятельно реализовывать права и свободы. Для осуществления идей либерализма необходимы предпосылки: соответствующая традиция, готовность граждан, общества и государства к отношениям, релевантным либеральной форме правового порядка, закреплённость в общественном сознании таких ценностей, как свобода «от», предпринимательский риск, индивидуализм и частная инициатива².

¹ Ли Куан Ю. Сингапурская история. Из «третьего мира» — в первый. М., 2005. С. 6.

² См. подр.: Аубакирова И. У. Современная евразийская модель государственного управления: политико-правовое измерение: монография. — М., 2016. С. 95–109.

В наши дни динамика правовых порядков характеризуются тенденцией, в которой процессы этатизации и либерализации диалектически взаимодействуют, взаимопроникают и поддерживают друг друга. Практически в любом современном государстве правопорядок развивается не только на основе институтов, сложившихся исторически, но и путем имплементации правовых норм и практик других государств. Происходит взаимопроникновение идей о ценности государства (восточная парадигма государственного управления) и ценности права (западная парадигма государственного управления). В юридической литературе в этом ракурсе отмечается «необходимость теоретического поиска новой модели общественного устройства, которая должна носить интегративный характер» и сочетать коллективистические и индивидуалистические принципы и традиции»¹.

Правовые традиции в конкуренции с правовыми инновациями модифицируются, что отнюдь не означает, что в обозримой перспективе во всех государствах возможна одна и та же форма правопорядка, ибо он (порядок) всегда имеет свой ценностный контекстуальный фон. По мысли Хайека, осознанное восприятие роли традиции обуславливает необходимость отказаться от улучшения существующего порядка в конкретных социально-политических средах посредством мер, влекущих разрушение ценностей, на которых весь этот порядок и покоится².

В завершении отметим, что в вопросах осуществления мер по правовой модернизации важно осознавать объективность полифонии форм юридического бытия человека и общества и, как следствие, существующих форм правопорядка. Следует понимать и принимать, что различные формы правовых порядков могут и должны находиться в гармонии, базируясь на посылке о единстве во множественности. Определяя перспективы проведения правовых преобразований в государстве, необходимо исходить как из достижений зарубежной юридической мысли и практик, так и из четкого понимания особенностей отечественной правовой традиции и лежащих в ее основе архетипов, ценностей и норм. Правовая традиция, обуславливая разнообразие правовых порядков в современном мире, является фактором, который во многом обеспечивает их стабильность.

¹ Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2010. С. 29–30.

² Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 130.

Лукьянчикова Людмила Владимировна

доктор юридических наук,
кандидат исторических наук

Преемственность регулирования прямого народовластия в отечественном дореволюционном и советском законодательстве

Одним из важнейших условий сохранения и укрепления любого общества является эволюционное развитие его политической системы, способной адекватно реагировать на внутренние и внешние изменения. Следствием опыта совместного функционирования «общества» и «власти» на институциональном уровне является выработка ценностных ориентиров и традиций политического поведения социума, позволяющих сохранить его самоидентификацию и надолго обеспечить стабильность общественной жизнедеятельности, включая «эпоху перемен»¹.

Основными элементами, обуславливающими положительную динамику социальных процессов в переходный для общества период и выход из него с наименьшим ущербом, являются естественная саморегуляция общества и технология социального управления. Особую значимость, в этой связи, приобретает осмысление роли права как фактора, стабилизирующего общественное развитие².

Для отечественной государственности революционные события Февраля — Октября 1917 года традиционно являются показательным примером серьезного переломного этапа, связанного с резкой трансформацией властеотношений. В течение одного года происходит свержение монархии в результате Февральской буржуазно-демократической революции, установление периода двоевластия, завершившегося Октябрьской социалистической революцией и становлением советской политической системы.

Если для Временного правительства основанием легитимации и укрепления его власти являлось «сохранение, в пределах возможности, всего существующего административного механизма»; уважение и охранение всех частных прав, основанных на действующих законах³, то власть советская, ввиду того, что «рождается новый мир,

¹ См. об этом, например: *Фролова Е. А.* Теоретические проблемы изменения политико-правового строя: из истории философии права // Актуальные проблемы гуманитарных и социально-экономических наук. 2017. т. 11. № 5. с. 41–45; *Она же.* Революция и реформа: pro et contra // Философия политики и права. 2017. № 8. с. 281–297.

² См. об этом подробнее: *Максименко М. В.* Право как фактор стабильности современного российского общества. Автореферат дисс. ... канд. философ. наук. Краснодар, 2010. — 27 с.

³ См.: Постановление Временного правительства о возложении обязанностей губернаторов и уездных исправников на председателей губернских и уездных управ и со-

мир трудящихся и освобождающихся» руководствовалась «законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию»¹. Последнее рефреном проходило во всех отраслях права, в первую очередь, в области права народа на управление государством, что обусловило появление в кратчайшие сроки большого массива советского законодательства по всем вопросам государственной жизнедеятельности, в том числе правового обеспечения прямого народовластия.

При этом, декларирование законодателями норм советской демократии как продукта достижений исключительно государства диктатуры пролетариата, свидетельствует, что полного отмежевания от дореволюционных политических традиций в данной сфере не произошло. Еще в начале 1920–х гг. Я. М. Магазинер, анализируя механизм советского государства по Конституции РСФСР 1918 г., констатировал, что, несмотря на решительное отрицание большевиками идеи разделения властей, не избавило их от этого на практике².

Ввиду того, что представительные органы — Советы являлись основными звеньями новой государственной конструкции, основное внимание было сосредоточено на определении новых принципов и норм избирательного права. Отметим, что советские избирательные принципы были известны еще до революции Октября 1917 г., прошли апробацию во время первых выборов в Советы, и имели большое сходство с уже имеющимися положениями института выборов, введенных в период двоевластия. Так, во время первых выборов в Советы действовали нормы, в числе которых значилось всеобщее, равное и прямое избирательное право в высшие представительные и все местные органы самоуправления для всех граждан и гражданок, достигших 20 лет; тайное голосование при выборах; право каждого избирателя быть избранным во все представительные учреждения³.

При этом, подчеркивая подлинный демократизм советских выборных институтов, актами советской власти был снижен возрастной ценз

хранении на местах старого административного аппарата. 1917. 4 марта; Циркулярная телеграмма заместителя министра внутренних дел С. Д. Урусова комиссарам Временного правительства об охране частной земельной собственности. 1917. 3 апреля // Великая Октябрьская социалистическая революция. Документы и материалы. С. 421–422, 451.

¹ См.: Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1917–1918 гг. М., 1942. С. 360–368.

² См.: Магазинер Я. М. Общее учение о государстве. Курс лекций, читанных в Петроградском университете в 1918–1922 гг. Пг., 1922. С. 379, 417; *Он же*. Лекции по государственному праву. Пг., 1919. С. 135–138, 180.

³ Сборник программ политических партий в России / под ред. В. Водовозова. Вып. 1. С. 27.; Электоральный процесс 1917 г. в документах и материалах. // См.: Электронная библиотека Вологодской областной универсальной научной библиотеки: [Электронный ресурс] URL: <http://www.booksite.ru> (дата обращения: 15.07. 2015 г.).

до 18 лет (причем указывалось, что в отдельных случаях, возрастная норма могла быть снижена еще). Существенно возросло число выборных должностей и избирателей за счет уничтожения сословий, избрания командного состава и должностных лиц в армии и на флоте; предоставления политических прав иностранцам, проживающим на территории РСФСР и др.¹

Избирательные кампании курировали, по аналогии с дореволюционной практикой, отделы местного управления НКВД, откуда на места посылались инструкторы, наделенные широкими полномочиями. Также при советском строительстве была продолжена дореволюционная практика подчинения губернской администрации, а затем и губернских комиссаров Временного правительства министерству внутренних дел — НКВД РСФСР наделялся правом издания правовых актов, определяющих конкретные основы построения и функционирования Советов, а также организацией их практической работы на местах. (Относительно полномочий НКВД РСФСР в первые годы советской власти заметим, что по аналогии с дореволюционным законодательством, в комиссариате подлежали обязательной регистрации различные общества, союзы и объединения. Специально оговаривалось, что данные организации, входящие в советское строительство как полноправные юридические лица, в качестве таковых, могут выносить только постановления хозяйственного характера. Тоже касалось и съездов различных организаций — в этом вопросе большевики также не избежали дореволюционного правопреемства: съезды различных организаций, входящих в советское строительство, как полноправные юридические лица, могли выносить только постановления хозяйственного характера; порядок из созыва регулировался специальными актами, а основная ответственность за это направление общественной деятельности возлагалась на органы внутренних дел)².

Традиция выборных процедур периода двоевластия была продолжена и в отношении «лишенцев» избирательного права. При этом,

¹ См.: Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1917—1918 гг. М., 1942. С. 69, 236—242, 736—737; Конституция РСФСР 1918 г. // История советской Конституции в документах. 1917—1956 гг. М., 1957. С. 154, 146.

² См.: Об организации местного самоуправления: Обращение НКВД к Советам рабочих, солдатских, крестьянских и батрацких депутатов от 24 декабря 1917 г. (6 января 1918 г.); О правах и обязанностях Советов: Инструкция НКВД от 24 декабря 1917 г. (6 января 1918 г.) // История советской Конституции в документах. 1917—1956 гг. М., 1957. С. 93—97; О регулярных перевыборах Советов и созыве в установленные сроки съездов Советов: Циркулярное Постановление Президиума ВЦИК от 8 февраля 1921 г. // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1921 г. М., 1944. С. 118—119; О порядке созыва съездов и всероссийских совещаний различных союзов и объединений и о регистрации этих организаций: Декрет ВЦИК РСФСР от 12 июня 1922 г.; Инструкция по выдаче разрешений на созыв съездов и собраний различных организаций союзов и объединений: Декрет ВЦИК РСФСР от 10 августа 1922 г. // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1922 г. М., 1950. С. 914, 1100—1101.

учитывая глубину общественного противостояния и шаткость советского строя, данная категория большевистскими законодателями была существенно расширена. Кроме того, выборные процедуры отличались неравенством представительства от городского и сельского населения, многоступенчатостью (прямым голосованием избирались сельские советы), осуществлением их по производственно-территориальному принципу; в отдельных инструкциях о выборах закреплялся порядок открытого голосования.

Цензы пассивного избирательного права значительно усиливали политизированность советских выборов. Например, кандидат в судьи должен был иметь стаж общественной политической работы в рабоче-крестьянских общественных, профессиональных или партийных рабочих организациях или стаж практической работы в органах советской юстиции, или в соответствующих административных госучреждениях¹.

Данные новеллы явились предметом широкой критики не только у политических оппонентов большевиков, но и представителями ученой общественности. Так, на страницах еженедельного журнала «Народоправство» (выходившего с июня 1917 по февраль 1918 г.), правоведы выражали серьезную обеспокоенность современным состоянием и перспективам развития демократии в России. Так, П. Рысс с сожалением констатировал, что провозглашенное Февральской революцией формальное равенство с перспективой упразднения сословного деления, при усилении роли Советов в стране может стать эфемерным, так как пролетариат будет лоббировать своих сторонников. Если в советской практике считается нормальным «разбивать граждан на рубрики по степени близости их к рабочему классу, отмечал он, то сословность, как действенный политический фактор продолжит свое существование в России, и демократическая динамика Февральской революции окажется бесполезной².

Законодательные ограничения выборных начал для значительного числа российских граждан по мнению советского руководства, были неизбежны в условиях переходного периода. Как отмечалось большевистскими партийными деятелями, лишение политических прав и какие бы то ни было ограничения свободы необходимы исключительно в качестве временных мер борьбы с попытками эксплуататоров отстоять или восстановить свои привилегии. По мере того, как будет исчезать объективная возможность эксплуатации человека человеком, заявляли они, будет исчезать и необходимость в этих временных мерах, и партия будет

¹ См.: Конституции и Конституционные акты Союза ССР (1922–1936). Сборник документов под ред. И. П. Трайнина. М., 1940. С. 59.

² Рысс П. Сословность // Народоправство. Хроника идей и событий русской революции от падения самодержавия до октябрьского восстания. 1917. № 4. 24 июля. С. 14.

стремиться к их сужению и полной их отмене¹. В. И. Ленин, отмечая положительные стороны многостепенных выборов, пояснял, что непрямые выборы в нелокальные, неместные Советы облегчают съезды Советов, делают весь аппарат дешевле, подвижнее, доступнее для рабочих и крестьян в такой период, когда жизнь кипит и требуется особенно быстро иметь возможность отозвать своего местного депутата или послать его на общий съезд Советов². Все это, в целом, по мнению, советского руководства, было вызвано необходимостью быстрого и планомерного проведения в жизнь преобразований на новых коммунистических началах³.

В отличие от выборов в Учредительное собрание, производство выборов в советские органы осуществлялась по мажоритарной системе, хотя пропорциональная система, по мнению большевистского руководства, признавалась более демократичной⁴. Однако, оно констатировало, что «в данной исторической эпохе пролетарской революции демократия, если о ней говорить без лицемерия, без демагогического обмана масс, может развиваться только в пределах пролетарской диктатуры»⁵, что априори сводило на нет политический плюрализм и возможность баллотировки по партийным спискам. Наконец, порядок открытого голосования объяснялся унаследованной от дореволюционной России неграмотностью большинства избирателей⁶.

Не отрицая идеологический характер советских выборных начал, следует все же отметить, что большевистским руководством дореволюционный опыт тщательным образом был учтен и дополнен не только в целях удержания власти, но и сокращения разрыва между правовой и социальной реальностью. Так, недавняя практика выборов в городские и земские учреждения 1917 г. показала, что население оказалось не готовым к введению всеобщего избирательного права, население в избирательной кампании в местные земства и думы участвовало неохотно, в ряде губерний европейской части России участие на выборах составляло 30–40% избирателей⁷.

Показательным примером негативного отношения к предстоящему голосованию населения является отчет по выборам в Учредительное

¹ См.: *Чистяков О. И.* Конституция РСФСР 1918 г. М., 1984. С. 181–182.

² См.: *Ленин В. И.* Буржуазия и пролетарская демократия // *Ленин В. И.* ПСС. Т.37. М., 1981. С. 257.

³ См.: О порядке перевыборов волостных и сельских Советов (Инструкция): Постановление ВЦИК от 2 декабря 1918 г. // *Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1917–1918 гг.* М., 1942. С. 1222–1226.

⁴ История советской Конституции в документах. 1917–1956 гг. М., 1957. С. 68.

⁵ См.: III Съезд Советов СССР. 13–20 мая 1925 г. Стенографический отчет. М., 1925. С. 260.

⁶ История советской Конституции в документах. 1917–1956 гг. М., 1957. С. 145–147.

⁷ *Жукова Л. А.* Проблемы взаимодействия властных структур и земского самоуправления в пореформенной России 1864–1918 гг. М., 1995. 38 с.

Собрание в Дмитровском уезде Московской области, в котором, кроме отзыва жителей («Надоели с выборами. 30 раз выбирать заставили, а толку нет»), говорилось, что «попалась деревня (10 дворов) где вообще не слышали ни об Учредительном собрании, ни о других выборах». Также летом-осенью 1917 г. сказывалась апатия населения к выборным процедурам вообще по целому ряду причин, включая продолжающуюся войну, обычную российскую безалаберность, а также непониманием населения сути нового выборного механизма по партийным спискам. Так, по сведениям Псковской окружной комиссии, все председатели участковых комиссий Горицкой волости отказались от выполнения своих обязанностей, так как, по мнению членов комиссии, крестьяне, **не понимая сущности пропорциональных прямых выборов** [выделено мной. — Л.Л.], «намеревались предпринять против комиссий насилия, если сами крестьяне не получат возможность составить свой кандидатский список»¹.

Согласно выводам Е. М. Петровичевой, большинство граждан новой России, не прошедших ранее школу работы в земствах, не обладали необходимыми навыками и уровнем образования для работы в органах самоуправления. Следствием этого было равнодушие народных масс как к выборам в земские учреждения на основе избирательного закона осенью 1917 г., так и к роспуску их после прихода к власти большевиков².

Также следует согласиться с советскими законодателями в отношении открытой процедуры голосования. Еще в период подготовки к выборам в Учредительное собрание (сентябрь 1917 г.), в том числе, председателем Омской судебной палаты, задействованного в обеспечении избирательного процесса в регионе, поднимался вопрос о разрешении неграмотным избирателям в бюллетене ставить «кресты». Кроме того, выборы на сельских сходах традиционно были открытыми³.

Борьба за упрочение советской власти требовала от большевистского руководства поиск верных решений на своевременное смягчение норм в данной сфере. Так, в годы гражданской войны выборные процедуры и избирательные права могли изменяться ввиду учета сложившейся ситуации в регионе и степени обострения классовой борьбы. Например, в Нижнем Новгороде бывшие чиновники, имеющие чины

¹ См.: *Черкесова Н. Н.* Всероссийская по делам о выборах в Учредительное собрание комиссия (всевыборы). 3 марта 1917 г. 1 марта 1918 г. Дис. ... к.и.н. М., 2001. С. 91–92, 99–100.

² *Петровичева Е. М.* Земское самоуправление центральной России в 1906–1917 гг.: Эволюция на последних этапах деятельности. Автореферат дис. ... д.и.н. М., 2003. С. 17. 40 с.

³ См. об этом подробнее: *Лукьянчикова Л. В.* Избирательная кампания в Российское Учредительное собрание 1917 г.: организация, предвыборная борьба, предпочтения электората // *Право и государство: теория и практика.* 2016. № 2. (134). С. 14–18.

и занимающие должности выше 5 класса лишались избирательного права, за исключением тех, кто доказал лояльность к советскому строю. На выборах в Архангельский горсовет служащие из числа местной интеллигенции, поступившие на службу после 1 января 1920 г., могли участвовать в выборах по рекомендации всего коллектива учреждения, в котором они работали. Такое ограничение было вызвано тем, что в период пребывания в Архангельске белогвардейцев и интервентов, представители интеллигенции были у них на службе¹.

В годы НЭПа и политики «оживления Советов» до конца 1920-х гг. вопрос об уточнении избирательных норм, особенно, что касалось пересмотра категорий «лишенцев», стал наиболее насущным из-за низкой явки населения на избирательные участки (до 5–10%)². В целях оптимизации данного процесса к середине 1920-х гг. для части слоев крестьянства и представителей некоторых других групп населения были сняты ограничения в избирательных правах³.

Формирование советского избирательного права оказало влияние на развитие института наказов, известного в отечественной практике еще с XVI в. в связи с деятельностью Земских Соборов и активно применявшегося в деятельности Госдумы четырех созывов, а также первых Советов и стихийно созданных выборных учреждений периода двоевластия. При этом, преемство советским руководством предшествующего опыта вовсе не означало механический «перенос» норм, были внесены прогрессивные, востребованные обществом, новеллы. Так, в первые годы советской власти наказ избирателей становится частью императивного мандата избранного лица — невыполнение депутатом или представительным органом наказа избирателей, влекло за собой отзыв депутата или роспуск организации. После окончания гражданской войны наказания рассматривались как одна из серьезных форм повышения авторитета советских организаций — при проведении выборов опубликовывались указы избирателей своим депутатам. Советы отчитывались в работе, в газетах были представлены подробные материалы их деятельности и т.д.⁴ Американский общественный деятель Брелфорд из своего непосредственного наблюдения в 1927 г. действия института наказов советских избирателей отмечал, что

¹ См.: *Лепешкин А. И.* Советы — власть трудящихся. 1917–1936 гг. М., 1966. С. 203–206.

² III Съезд Советов СССР. 13–20 мая 1925 г. Стенографический отчет. М., 1925. С. 260, 296.

³ См., например: Конституции и Конституционные акты Союза ССР (1922–1936). Сборник документов под ред. И. П. Трайнина. М., 1940. С. 67–69, 112–113, 138; История советской Конституции в документах. 1917–1956 гг. М., 1957. С. 558–570, 571–573.

⁴ *Генкина Э. Б.* Переход советского государства к новой экономической политике (1921–1922) М., 1954. С. 352.

в СССР он увидел демократию, отличающуюся от известных образцов в Европе. Он был очень удивлен, прежде всего, тем, что советские избиратели дают своим депутатам и Советам наказы, обязательные для проведения в жизнь¹.

Также укажем, что принципиально новым положением советских выборных начал явилось право отзыва избирателями своих выдвиженцев на всех уровнях представительства. В дореволюционной России институт отзыва парламентария избирателями не был закреплен, широкое признание права отзыва проявилось в правотворчестве и практике первых российских Советов. Уставы и инструкции, принятые Советами в дооктябрьский период содержали многие принципиальные положения, ставшие определяющими для дальнейшей деятельности данных представительных учреждений, где главным критерием выступал вопрос доверия электората к избранному лицу².

Отзыву подлежали не только депутаты представительных учреждений, но и члены народных судов³. Отечественный профессор права Я. М. Магазинер считал, что конституционно утвержденный институт отзыва в России имеет исключительное значение, так все избранные должностные лица, могли быть отозваны избравшими их местными советами. Ученый подчеркивал, что в зарубежной практике досрочный отзыв выборного лица хотя и редко используется, является эффективным средством борьбы с коррупцией, и что на российской почве повышение, таким образом, ответственности избранного лица, также будет иметь положительный результат⁴. В конце 1920-х гг., в целях оптимизации сотрудничества Советов и депутатов с избирателями уточнению подлежало законодательство союзных республик относительно прав избирателей. В случае невыполнения из наказов депутат подлежал отзыву⁵.

В первые годы советской власти была продолжена традиция дореволюционного крестьянского самоуправления. К началу XX столетия сельскому сходу, состоявшему из принадлежащих обществу крестьян-домохозяев, с «мирским» общественным управлением, предоставлялась широкая компетенция. Так, отдельные государственные поселяне, целые сельские общества заключали договоры аренды ка-

¹ Цит. по: *Коток В. Ф.* Проблема развития непосредственной демократии в советском государстве. Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1965. С. 468.

² *Златопольский Д. Л.* От Советов 1905 г. к Советам общенародного государства. М., 1980. С. 5–10.

³ См.: О суде: Декрет ВЦИК от 7 марта 1918 г. № 2. // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1917–1918 гг. М., 1942. С. 363–368.

⁴ См.: *Магазинер Я. М.* Лекции по государственному праву. Пг., 1919. С. 179–180.

⁵ См.: Конституции и Конституционные акты Союза ССР (1922–1936 гг.) Сб. документов под ред И. П. Трайнина. М., 1940. С. 94.

зенно-общественных земель с предпринимателями и нефтепромышленными фирмами, как для добычи нефти, так и для поверхностного использования. Так, по приговору мирского схода Биби-Эйбатского общества было сдано 10 десятин в аренду под добычу нефти некоему Запороженко, примеру которого последовали и другие сельские общества¹.

Православным членам сельских обществ, состоящих из православных и иноверцев, предоставлялось право на частных сходах обсуждать вопросы церковно-приходских нужд. Приговоры об установлении сборов на церкви и школы, постановленные на частных сходах большинством двух третей всех крестьян, гласил закон, становились обязательными для всех православных членов общества. Также ведению схода подлежали вопросы сельских разделов, о переименовании селения в город и т.д.²

Посредством решений сходов, императив которых подтверждался законом, крестьянство могло противостоять правительственной политике. Например, когда аграрная реформа П. А. Столыпина не нашла поддержки у курского крестьянства, то ее проведение имело замедленные темпы в регионе, так как в приговорах сельских сходов фигурировал отказ в передаче земли в личную собственность. В докладной начальника Харьковского охранного отделения, например, значилось, что случаи выхода из общины очень редки, и там, где степень сознательности достаточно высока, крестьяне не составляют приговора о недопущении выдела, заявляя, что не дадут выделившим пасти скот на общественных лугах и т.п.³

В период двоевластия, а также после Октября 1917 г. сельские сходы нередко являлись единственной властью на местах, особенно это касалось отдаленных районов. Учитывая недостаточный в регионах охват организации низового советского представительства, государственное руководство было вынуждено искать опору в уже имеющимся укладе сельской жизни. С другой стороны, закрепление политического превосходства большевиков требовало учет и правительственных интересов по выдерживанию «классовой линии».

В силу этого, примечание статьи 57 Конституции РСФСР 1918 г. являло своего рода компромисс по данному вопросу, так как в нем

¹ *Поплетеева Г. А.* Государственная политика регулирования нефтяной промышленности России в последней трети XIX — начале XX вв. Дис. ... канд. ист. наук. М., 2009. С. 56–57.

² См.: О предоставлении православным членам сельских обществ в Закавказских губерниях права составлять частные сходы для обсуждения церковно-приходских нужд: Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета от 11 декабря 1902 г. // ПСЗРИ. Собрание Третье. Т. XXI. Отд. 1. № 22258. СПб., 1903. С. 968.

³ Курский край в истории Отечества / под ред. Л. С. Полнера. Курск, 1996. С. 103.

оговаривалось, что при отсутствии Советов на местах, в тех сельских местностях, где это было возможно, вопросы управления решались непосредственно общим собранием избирателей данного селения, то есть общее собрание избирателей являлось высшей в пределах соответствующей территории властью¹. Таким образом, присутствие на данных сходах, и соответственно, принятие решений, закреплялось только за обладателями избирательных прав, куда не попадала зажиточная часть деревни.

Типичными приговорами таких собраний удовлетворялись хозяйственно-административные запросы, которые касались: выборов, посевной кампании; передела земли; обсуждения правительственных мероприятий; борьбы с общественными пороками (например, пьянством); нарушений общественного порядка; переименования населенных пунктов и многое другое². При этом, соглашаясь с исследователем русского крестьянского быта В. Б. Безгиним отметим, что крестьянский «мир», ввиду обширного российского пространства, всегда имел характер высшего закона и с трудом поддавался правительственной регламентации. Скромная попытка закона наложить свою печать на свободное творчество народной жизни не всегда могла быть выдержана на практике³. Такая данность соответствовала и первой трети XX столетия, где местные обычаи и традиции играли в практике сходов преобладающую роль. Проявление самовластования сельским сообществом, таким образом, являлось обычной практикой, менять которую крестьяне и не собирались. Так, вопреки законодательным установлениям, участниками местных сходов, как следует из протоколов данных собраний, были полноправные члены общины, независимо от того, обладают они избирательным правом или нет⁴.

Более того, «незаконное» присутствие части сельского населения на сходах дополнялось большой самостоятельностью деревни в испол-

¹ См.: Конституция РСФСР 1918 г. // История советской Конституции в документах. 1917–1956 г. М., 1957. С. 143.

² См.: Приговор общего схода жителей села Муртазово 4 участка Нальчикского округа Терской области № 10 о переименовании селения в Дейское от 10 мая 1920 г. Архивы и общество: [Электронный ресурс] URL: <http://www.archvesjournal.ru> (дата обращения: 13.02. 2014)

³ См.: *Безгин В. Б.* Крестьянская повседневность (традиции конца XIX — начала XX века). М.-Тамбов, 2004. С. 90–109.

⁴ См., например: Сообщение о решении собрания незаможных села Гребенники и Еремышкиного хутора Тираспольского уезда об активном участии в посевной кампании и содействия рабоче-крестьянской инспекции от 20 марта 1921 г.; Резолюция общего схода крестьян села Малаешты Тираспольского района, одобряющая введение единого сельскохозяйственного налога от 26 мая 1923 г.; Решение общего собрания граждан села Коротное Слободзейского района Одесского округа о переделе земли по числу наличных душ от 19 августа 1923 г. // Советское строительство в левобережных районах Молдавии 1921–1924 г. Сб. документов и материалов. Кишинев, 1977. С. 290–293.

нении законодательных установлений советской власти. Так, на одном из заседаний ВЦИК (май 1918 г.) с обеспокоенностью констатировали, что зачастую крестьянские съезды «совершенно отменяют закон о местной монополии; где такие решения принимаются, наша работа совершенно останавливается»¹.

Учитывая тот факт, что деревенская повседневность 1920-х гг. была тесно связана с общинным землепользованием, то на уровне отношений «власть — сельский мир» повсеместно были созданы условия для функционирования общины как свободного союза по регулированию крестьянского землепользования и землеустройства².

Согласно отдельным нормам Земельного кодекса РСФСР 1922 г. (главы II-III) на сходах земельных обществ (коими признавались совокупность дворов, имеющих общее пользование полевыми землями; сельскохозяйственные коммуны и артели, а также добровольные объединения отдельных дворов или совокупность дворов, выделившихся из прежних обществ), разрешались проблемы, касающиеся земельного общества в целом: от распоряжения общими угодьями и приобретения имущества — до заключения договоров, производства земельных переделов и разверстки, выступлений в суде и многое другое. Интересным представляется то, что данный Кодекс для членов общего собрания (схода) наличия избирательного права не требовал. В ст. 52 значилось, что в общем собрании или на сходе участвуют все землепользователи мужского и женского пола без различия, не моложе восемнадцатилетнего возраста, входящие в состав земельного общества, а также самостоятельно ведущие хозяйства домохозяева, хотя бы они и были моложе этого возраста. В примечании ст. 50 указывалось, что в земельных обществах, совпадающих в своих границах с территорией сельского совета, обязанности, возлагаемые на выборные органы земельного общества, исполняются сельским советом, в иных же обществах — особыми уполномоченными по земельным делам, набираемым общим собранием членов общества.

Важным являлось также то, что согласно статьям 92–116, решению схода данных обществ подлежали вопросы передела, скидки и накидки земельных наделов отдельным дворам, а также определения объемов совместного труда всех членов земельного общества в виде общественной обработки земли и общего использования средств и орудий производства при запашке, засеве земель, уборке урожая и т.п.³

¹ См.: *Лепешкин А.И.* Советы — власть трудящихся. 1917–1936 гг. М., 1966. С. 112–113, 121.

² *Кознова И.Е.* Историческая память российского крестьянства в XX вв. Дис. ... д-ра ист. наук. Самара, 2005. С. 156; *Она же.* Крестьянская поземельная община в 1921–1929 гг. Автореферат дис. ... канд. ист. наук. М., 1982. С. 16.

³ См.: Земельный кодекс РСФСР 1922 г. // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1922 г. Ст. 901. М., 1950. С. 1504–1507.

Таким образом, обустройство «земельных дел» в деревне, в большей степени, было предоставлено самому населению. Учитывая зависимость аграрной политики большевистского руководства в 1920-е гг. от целого ряда объективных обстоятельств, в совокупности с нехваткой органов советской власти в регионах, решение насущного «земельного вопроса» происходило, во многом, стихийно и, практически, на полное усмотрение земельных обществ. Об этом красноречиво свидетельствуют письма и отклики рядовых граждан о событиях 1918–1932 гг.¹ Так, бывший красноармеец из деревни Тяжино Бронницкого уезда Московской губернии, написавший в редакцию газеты «Беднота» (7 марта 1922 г.) свидетельствовал, что вопрос о переделе земли на собраниях деревни решался так, что сначала все заслушали спокойно инструкцию Наркомзема, тут же успели ее забыть и принялись решать вопрос по-своему. Далее, продолжал автор, «начинают перебирать каждое семейство в отдельности, и здесь, от только что установленной законности, под давлением крикливых кулачков — делают некоторые отступления». Нескольким «оборотистым мужичкам» заявившим о женитьбе своих сыновей, говорится в письме, землю дали, а «тем крестьянам, которые живут в доме жены и работают на земле — решили надела не давать. Только сыновья до сих пор не женаты, а владение лишней землей сохраняется». Где законность, или хотя бы здравый смысл, рассуждает автор, понять трудно.

Такая ситуация сохранялась в деревне и к середине 1920-х гг. Например, в июне 1924 г. селькор И. Филонов (с. Елецкое, Воронежская губ.) отмечал, что «для нашего села не существует никаких декретов и земельных кодексов. Начался надел земли в 1921 г., дельцы земли присвоили себе по лучшей лишней десятинке, а некоторые ... брали сколько хотели. Многие такие земли обнаружены, а много еще и сейчас в цепких лапах дельцов»². Также в корреспонденции отмечалось, что по желанию любого общинника на сходе могло быть выдвинуто требование нового передела по разным причинам. Таковыми были либо изменение состава семьи, либо вернувшиеся с плена или с фронта солдаты или крестьяне, ушедшие в город, и т.д. Переделы совершались ежегодно, но число недовольных при этом не уменьшалось, так как принцип справедливого и уравнительного наделения землей, априори неосуществим, и, как мы видим, всегда имел отступления, и, судя по датам отправленных писем, продолжались до конца 1920-х гг.

Правомочие крестьянской общины относительно землепользования оказывало непосредственное влияние на упрочение большевистской

¹ См.: Голос народа: письма и отклики рядовых граждан о событиях 1918–1932 гг. М., 1997. — 326 с. [Электронный ресурс] URL: [http:// istmat.info/node/28604](http://istmat.info/node/28604) (дата обращения: 11.02. 2019 г.)

² Там же.

власти в деревне. В соответствии с политикой оживления Советов, с 1924 г. на сельских сходах, члены Советов должны были отчитываться в своей деятельности. В случае не должного исполнения своих обязанностей, на сходе инициировалась процедура отзыва членов Советов. При этом, по свидетельству Ю. В. Винниченко, в 1920-х гг. существовало своего рода двоевластие в деревне, так как гораздо большую роль в жизни сельчан, по сравнению с сельскими Советами, играли земельные общества. Именно на созываемых по инициативе земельных обществ сходах, подчеркивал автор, решались насущные вопросы деревни¹. Это подтверждают и советские официальные издания².

Несмотря на значительное ограничение деятельности земельных обществ в конце 20-х — нач. 30-х гг. они сохранили за собой как часть хозяйственных функций, так и функций земельно-административных, что подтверждалось действующим Земельным кодексом РСФСР 1922 г., но продолжавшейся практикой общинного самоуправления.

Подтверждением этому является также кампания по всенародному обсуждению проекта «Общих начал землепользования и землеустройства» в 1928 г., в которой принимали участие и жители деревни. Обсуждение данного проекта показало и многие те проблемы, которые община сама разрешить априори не могла — наведение справедливого порядка в землепользовании. Сохранявшаяся неудовлетворенность землеустройством превращалась порой в своеобразный ажиотаж вокруг земли: никто не хотел меньше и хуже другого. Частые переделы нарушали стабильность ведения хозяйства. Они не только сохраняли, но и усугубляли чересполосицу, дальнотелье, мелкополосицу, неправильность конфигураций участков. Стремление к идеальному равенству порождало обилие мелких кусков земли в разных полях. Число таких кусков у отдельного крестьянина доходило порой до 203040 и даже более. Чересполосица была явлением больше свойственным Северу и Северо-Западу России. Для Поволжья и Юго-Востока было характерно дальнотелье: 88% крестьянских участков находились на расстоянии свыше 3 км, и 33% — свыше 10 км. А отдаленность отдельных участков надела от усадьбы доходила порой до 50 и даже 100 км.

Кроме того, бывшие помещики иногда использовали свое положение, устроившись в советских учреждениях. Так, сотрудник Внешторга СССР некий Ковалевский Владислав Викентьевич сохранил за собой «свое любимое имение (с. Измалково Бежаницкого района Псковского

¹ См.: *Винниченко Ю. В.* Местное самоуправление и органы государственной власти в 1920–1930 гг. // Актуальные проблемы истории государства и права, политических и правовых учений. Материалы международной конференции. Самара, 2001. С. 296.

² См., например: *Большая Советская Энциклопедия.* 3-е изд. Т. 25. М., 1976. С. 122.

округа), с которого несколько раз принимались его выселять, но благодаря возможности нахождения его во Внешторге, оставили в покое». Так и дожило помещичье имение до сплошной коллективизации рядом с новорожденной коммуной «Согласие».

Если проанализировать предложения и замечания советских граждан в указанный проект, то целый ряд поправок указывал на то, что большая часть крестьян оказалась неудовлетворенной тем, как община проводит землеустроительную политику и в целом, решает насущные проблемы. Так, в качестве предложений превалировали: приоритет землеустройства широких полос; землеустройство отдельных поселков; создание отдельных земельных обществ; борьба с дальноземьем, чересполосицей; **устройство коллективных хозяйств** [выделено мной. — Л. Л.]; запрет на выход членов коллектива хотя бы на определенный период времени; усиление обязательных постановлений и решений земельных обществ не только двумя третями, но и простым большинством и др.¹

В этой связи следует согласиться с И. Е. Козновой в том, что массовый переход поземельной общины в 1920–1930-х гг. в коллективный способ ведения хозяйства совершался без предварительного разрушения общины. Это, подчеркивал автор, свидетельствует об отсутствии непримиримых антагонистических противоречий между общинной формой крестьянского землепользования и процессом сплошной коллективизации крестьянских хозяйств, принявших на рубеже 20–30 гг. характер глубокого социально-экономического преобразования. Упразднение общинных институтов в начале 30-х гг. на основе советского законодательства, по мнению ученого, не являлось предварительным условием сплошной коллективизации, а было ее следствием, когда колхозный строй заменял строй единоличного хозяйствования и землепользования².

Таким образом, очевидным представляется то, что жизнедеятельность в советской деревне 1920-х — 1930-х гг., нельзя воспринимать как процесс быстрого и одностороннего «давления» государственной власти на село. Вне сомнения является тот факт, что зависимость устойчивости советского строя от взаимоотношений государства с крестьянством (главной составляющей советского общества), определили своеобразие правительственной политики, направленной на «подчинению» деревни. Вместе с тем, рост сельскохозяйственного производства, обозначившийся в первые годы НЭПа, к середине 1920-х гг. был остановлен, в большей степени, из-за издержек общин-

¹ См. об этом подробнее: *Лукьянчикова Л. В.* «Двоевластие» в советской деревне 1920-х — 1930-х гг.: система землепользования и органы самоуправления // *Аграрное и земельное право.* 2019. С. 8–11.

² *Кознова И. Е.* Крестьянская поземельная община в 1921–1929 гг. Автореферат дис. ... канд. ист. наук. М., 1982. С. 17.

ного самоуправления единоличников «старого образца», неспособного побороть, прежде всего, земельную неустроенность. Размывание общинных устоев в условиях индустриализации, в совокупности с видением беднейшими крестьянами зажиточной части деревни как главных виновников бед, предопределили «идейное созревание» села к политике коллективизации.

Императив решений принятых на местных сходах обусловил отдельное внимание советских законодателей к институту референдума, так как первые советские референдумы проходившие по вопросам территориального самоопределения, представляли собой общее собрание местного населения. Решение, принятое на таком собрании и сам его сход имели легитимность и законность.

Введение референдума в политическую практику являлось программным положением некоторых политических партий в дореволюционной России. Так, в программе партии эсеров значилось «прямое народное законодательство (референдум и инициатива)»; в краткой программе Радикальной партии также был заявлен референдум «как необходимая предпосылка народовластия»¹. В. И. Ленин относился к референдуму в России с осторожностью, считая, что заменять парламентаризм прямым народным законодательством нельзя. В России, считал он, имеется опасность вырождения «народного законодательства» в империалистический «плебисцит», и старые учреждения буржуазного империализма для интересов трудящихся и эксплуатируемых не годятся; советская власть гораздо более высокая форма демократии, чем буржуазные республики². В. И. Ленин признавал референдум только по вопросу самоопределения территорий. В п.2 его конспекта «Программы переговоров о мире» отмечено, что право на самоопределение осуществляется путем референдума всего населения самоопределяющейся области³. Такое положение сразу стало применяться на практике. Так, на основе данных тезисов в декабре 1917 г. был издан Декрет СНК РСФСР «О свободном самоопределении Турецкой Армении», в котором решение армянского населения оккупированной Россией «Турецкой Армении» на свободное самоопределение вплоть до полной независимости должно было осуществиться на свободном референдуме⁴.

¹ См.: Сборник программ политических партий в России. С предисл. В. В. Водозова. Вып. 1. СПб., 1905. С. 20; *Там же*. Вып. 2. СПб., 1905. С. 3–4.

² См.: *Ленин В. И.* ПСС. Т.4. Изд. 5. М., 1966. С. 222–224; *Там же*. Т.35. Изд. 5. М., 1974. С. 300, 306–307.

³ *Ленин В. И.* Конспект программы переговоров о мире // *Ленин В. И.* ПСС. Т.35. Изд. 5. М., 1974. С. 121.

⁴ См.: О Турецкой Армении: Декрет СНК от 29 декабря 1917 г. (11 января 1918 г.) // *Декреты Советской власти*. Т.1. (25 октября 1917–16 марта 1918 гг.). М., 1957. С. 298–299.

В целом укажем, что волевые установления законодателя в сфере прямой демократии, в первые годы советской власти показывают их эволюционное развитие относительно правовой политики самодержавия и Временного правительства. Несмотря на целый ряд ограничений демократических норм, в первую очередь, избирательных, большевистским руководством демонстрируется гибкость правовой политики, направленной, с одной стороны на упрочение советской власти, с другой — на поддержание традиционного формата правового регулирования социальной самоорганизации. Кроме того, обновление устаревших или не востребуемых норм, отвечающих изменившимся социальным потребностям, также свидетельствует о невозможности игнорирования советским руководством дореволюционного правового опыта и сформированных им идеалов общественного сознания.

Кроткова Наталья Викторовна

*ведущий научный сотрудник сектора конституционного права
и конституционной юстиции Института
государства и права РАН,
заместитель главного редактора журнала
«Государство и право» РАН,
кандидат юридических наук*

С.А. Котляревский о конституционном строе советской России

В статье показаны взгляды видного деятеля либерального движения в России, историка, крупного ученого-юриста С. А. Котляревского (1873—1939) на советский конституционный строй. Рассматривая советский конституционный строй в основном с формально-догматической точки зрения, он, тем не менее, пытается дать и политическую характеристику общественного устройства Союза ССР и его республик. С. А. Котляревский указывает на конфликт интересов, вполне возможный в рамках советского строя.

Основной предмет анализа в сочинениях ученого — принципы организации советской федерации и распределение компетенции между Союзом ССР и республиками. С. А. Котляревский призывает при строительстве советской федерации не делать механических заимствований из зарубежного опыта, а руководствоваться целесообразностью.

Сергея Андреевича Котляревского¹ по праву можно назвать одним из крупных ученых-юристов, стоявших у истоков формирования советского государственного права. Представляют интерес взгляды ученого на конституционный строй Советской России.

Следует отметить, что Котляревский не принял революцию. Видимо, по этой причине в его работах советского периода чувствуется

¹ Сергей Андреевич Котляревский родился 23 июля 1873 г. в Москве в семье потомственного дворянина, действительного статского советника А. И. Котляревского. В 1894 г. окончил историко-филологический факультет Московского университета, в 1899 г. заняв место приват-доцента кафедры всеобщей истории. Постепенно научные интересы С. А. Котляревского сместились в область юриспруденции. С 1911 г. — ординарный профессор Московского университета по кафедре государственного права. В 1914 г. получил чин статского советника.

17 апреля 1938 г. арестован по обвинению в «принадлежности к террористической организации и вредительской деятельности». 15 апреля 1939 г. приговором Военной коллегии Верховного Суда СССР расстрелян. Похоронен на территории «Коммунарки». 8 декабря 1956 г. дело в отношении С. А. Котляревского было прекращено «за отсутствием состава преступления». 18 ноября 1992 г. посмертно реабилитирован (см. подр.: *Кроткова Н. В.* Государственно-правовые взгляды С. А. Котляревского: монография. М.: Юрид. изд-во «ЮРКОМПАНИ», 2011. С. 6, 11).

какая-то зажатость, скованность, боязнь возможных репрессий. Нет того полета творчества, присущего ему ранее, он обходит стороной политические вопросы, занимаясь в основном комментированием. До середины 1920-х годов, т.е. в период формирования советского политического режима, Котляревский написал большую часть своих работ. Совершенствование советского государственного аппарата, предложения «по устранению параллелизма в деятельности государственных органов»¹, а также по оптимизации работы последних и т.д. — вот основные задачи, которые ученый освещал в своих сочинениях.

Хорошо понимая принципы организации советской власти, ее цели, он дает точный анализ конституционных актов СССР.

Однако, рассматривая советский федерализм, Котляревский ничего не говорит о Коммунистической партии — ядре политической системы советского государства, что является видимым пробелом. Объяснение такой позиции можно видеть в его нежелании обсуждать политические вопросы. Причина, как было указано выше, все та же — страх возможных репрессий.

Рассматривая советский конституционный строй и советский федерализм, С. А. Котляревский «пытается соединить отдельные положения своих дореволюционных работ с партийными установками большевиков»². В его взглядах на конституционный строй Советской России присутствует формально-догматическая точка зрения. Однако он все же дает политическую характеристику общественного устройства Союза ССР и его республик. По Котляревскому, советский общественный строй «возник в эпоху великих разрывов со вчерашним прошлым и великих неизведанных возможностей будущего», а сам Союз ССР есть нечто совершенно новое³. СССР — социалистическое государство «с гораздо большей сферой прямого воздействия на окружающую жизнь, чем это имеет место в других государствах»⁴. Он обращает внимание на то, что современному государству присуще единство. Это же относится и к советскому государству, на конституционном уровне которого отрицается принцип разделения властей. «В условиях советского государственного строя нет противопоставления властей друг другу, а само разделение властей не считается гарантией в обеспечении гражданских свобод. Советский государственный строй носит строго

¹ См.: Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России // Государство и право. 2008. № 3. С. 79.

² См.: Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России // Государство и право. 2008. № 3. С. 79.

³ См.: Котляревский С. А. СССР и союзные республики. М.: Гос. изд-во, 1924. С. 3, 11.

⁴ Там же. С. 129.

монистический характер, его предпосылкой является диктатура дружественных классов — пролетариата и крестьянства, которым принадлежит вся полнота власти, осуществляемой посредством Советов. Полнота власти Советов исключает независимость и обособленность суда»¹. По мнению С. А. Котляревского, которое он приводит в одной из своих работ, советской системе не свойствен бюрократизм², что явно противоречило высказываниям В. И. Ленина о бюрократизме как одной из главных угроз для молодой Советской республики.

Однако С. А. Котляревский, указывая, что при советском строе существует конфликт интересов, тут же дает разъяснение своей позиции: «Но и здесь по смыслу советского строя нет той социально-политической противоположности или хотя бы существенного различия, которые сказываются в буржуазных государствах в отношениях центральной власти и местного самоуправления. И даже между союзом и отдельными частями в области автономно-федеративной, между союзной властью и автономной и союзной республикой, где, несомненно, могут проявляться различные национальные отталкивания, они остаются в пределах общей социальной базы...

В пределах этой социальной базы, на которой основана советская власть, возможно существование различия интересов города и деревни, промышленности и земледелия, рабочих и крестьян... Но столкновения и примирения и здесь происходят внутри общих советских органов. Все они признаются рабоче-крестьянскими»³.

Рассматривая положения общественных организаций в СССР, С. А. Котляревский со ссылкой на В. И. Ленина полагает, что «было бы величайшей ошибкой в кооперативном деле идти путем искусственной централизации, забывать, что все строится на первичном кооперативе»⁴. Вопрос, как казалось бы, о проблеме формирования в стране Советов гражданского общества, сводится всего лишь к тому, к чьей компетенции должно быть отнесено правовое регулирование общественных организаций: Союза ССР или его республик.

Принципы организации советской федерации, распределение компетенции между Союзом ССР и республиками — основная тема работ ученого. Он отмечает, что в законодательстве, которое регулирует сферу распределения компетенции, много пробелов. С. А. Котляревский в соответствии с выработанной им классификацией относит

¹ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 80.

² См.: Котляревский С. А. Развитие советского законодательства о местном хозяйстве. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1928. С. 14.

³ Котляревский С. А. Развитие советского законодательства о местном хозяйстве. С. 18–19.

⁴ Котляревский С. А. СССР и союзные республики. С. 135.

союзную конституцию к разряду гибких: «Советской конституции вообще вовсе не свойственно предположение о какой-нибудь ее особой прочности, отличающей ее от обычного законодательства. В ней не принимается мер, долженствующих окружить ее пересмотр, хотя бы и частичный, значительными затруднениями, как это часто мы видим в других федеративных конституциях»¹. Он прав в том, что союзная конституция закрепила отличавшиеся стремительностью и последовательностью первые шаги социалистического строительства. Периодический пересмотр конституционного законодательства неизбежен: «Пытаясь сформулировать даже сейчас, в 1925 году, взаимоотношения и компетенции Союза и союзных республик..., можно быть совершенно уверенным, что через год или даже полгода придется эти формулировки существенно пересмотреть»². Котляревский убежден, что благодаря стремительному развитию советской федерации союзные и республиканские органы в своей деятельности будут руководствоваться помимо конституции новым опытом. Поэтому, считает ученый, многим конституционным положениям будут присущи расплывчатость, аморфность.

У Котляревского двойственная позиция к форме политико-территориального устройства. Это прослеживается на протяжении всего его творчества. Он четко различает федерацию и унитарное государство, но в то же время убежден, что пока отсутствует точное определение федеративного государства и что между федеративным и унитарным государством есть промежуточные политико-территориальные образования.

Тем не менее, Котляревский «заявляет о том, что советская федерация имеет серьезные отклонения от общепризнанных свойств федеративного государства. Существо своеобразия Союза ССР состоит в необычно широком политико-правовом статусе союзных республик: 1) республики признаются суверенными государственными образованиями; 2) республики имеют право свободного выхода из Союза; 3) республики имеют «директивные наркоматы», решения которых не вправе отменить союзные наркоматы; 4) республики вправе участвовать в выработке союзного законодательства»³. По мнению Котляревского, «СССР — это не союзное государство, а союз государств, т.е. довольно рыхлое и аморфное политическое образование. Однако... если оценивать советскую федерацию по существу, с учетом целей, поставленных в Договоре об образовании СССР, и в контексте реальных полномочий союзных органов государственной власти, то советское

¹ Котляревский С. А. СССР и союзные республики. С. 125.

² Там же. С. 11.

³ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 81.

государство — типичная федерация»¹. «Важен не вопрос об отнесении СССР к тому или другому типу.., — важна реальная организация и распределение прав и обязанностей»², — уверен исследователь.

Обращаясь к анализу советского федерализма, Котляревский прибегает к опыту зарубежных стран в создании федераций, который, как он полагает, имеет тенденцию к централизации: «Создаваясь в обстановке столь различной.., эти федерации все же отражали в дальнейшей своей жизни некоторую общую тенденцию, и она шла скорее в направлении сплоченности данной федерации, чем ее разделения. Ведь самые федеративные организации обычно возникали на почве прежде независимых или почти независимых государств. Самая федерация была выражением их объединения.., некоторым шагом к их централизации»³.

В сплочении федераций Котляревский видит два фактора: развитие капитализма и империализма; рост рабочего движения. По его утверждению, эти же факторы влияют и на советскую федерацию.

Однако при аналогии между советской федерацией и зарубежными федерациями им не учитывается «одно важное обстоятельство. Он верно указывает на тот факт, что, как правило, федерации возникают благодаря процессу объединения ранее независимых государств. Советская федерация, напротив, возникает как проявление распада некогда единого государства — Российской Империи. Для большевиков создание федерации (РСФСР и СССР) в известном смысле было вынужденным актом, поскольку процессы дезинтеграции России приобрели стойкий характер. Большевики не могли не разрабатывать идеологию советского федерализма, не могли не создавать федерацию на практике, так как сепаратизм стал фактом правосознания народов России и геополитической реальностью... При строительстве федерации большевики “держали в уме” централистские принципы организации коммунистической партии, которая и должна была бы стать подлинным средством единения страны. Коммунистический режим на несколько десятилетий законсервировал ставший необратимым процесс распада России, лишь отложив его на более позднее время. Советская федерация в этом смысле есть юридическая фиксация процесса распада некогда великой империи»⁴.

В Союзе ССР в борьбе централизации и децентрализации победила последняя. По Котляревскому, нужен разумный баланс двух объективных тенденций: к централизму и децентрализации.

¹ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 81.

² Котляревский С. А. Бюджетное право РСФСР и СССР. М. — Пг.: Гос. изд-во, 1924. С. 142.

³ Котляревский С. А. СССР и союзные республики. С. 16–17.

⁴ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 82.

При строительстве советской федерации, полагает он, следует руководствоваться целесообразностью. По его утверждению, «в СССР в силу его национального состава есть веские основания для федеративного устройства. При всем национальном разнообразии... Союз ССР имеет общую социально-экономическую основу, обладает военно-хозяйственным и культурным единством, народы СССР связывает общая история и судьба. Основные черты союзного строя присущи всем союзным республикам. Единственный путь к единению и упрочению Союза — убеждение республик в необходимости такого единства... Соотношение в компетенции Союза ССР и республик... должна выработать сама практика, но при условии сохранения суверенных прав республик.

В поисках необходимого баланса интересов Котляревский проводит детальный анализ взаимоотношений Союза ССР и республик, стремясь выстроить ту линию разграничения компетенции, которая может стать оптимальной для успешного функционирования федерации»¹. Он дает свои предложения в таких областях, как «внешняя политика, оборона, планирование хозяйства, промышленность, транспорт, связь, торговля, сельское хозяйство, лесное и горное дело, бюджет и финансы, труд, народное образование, здравоохранение, судоустройство, уголовное и гражданское право, уголовный и гражданский процесс, кооперация...»².

К ведению Союза ССР Котляревский предлагает отнести:

- вопросы внешней политики, обороны, внешней торговли, концессий, займов, таможи;
- железные дороги, меры, весы, внутреннюю торговлю;
- регулирование труда;
- народное образование: общая политика и финансирование;
- курорты;
- важнейшие налоги, кредитно-валютное дело, операции с иностранной валютой, страхование, руководство трудовыми сберкассами.

К республиканской компетенции, по его мнению, следует отнести:

- сельское хозяйство;
- установление конкретных норм трудового права;
- введение конкретных форм образования;
- управление курортами;
- второстепенные налоги и сборы, коммунальный кредит.

Как полагает Котляревский, сохранение республиками своего гражданства есть пережиток, от которого следует отказаться. Он не

¹ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 83.

² Там же. С. 82.

видит необходимости вводить в законодательство Союза нормы о бесплатном и общедоступном образовании, т.к. это должно быть увязано с финансами государства; он также против ведомственной военной медицины, объясняя это тем, что она может деградировать, будучи оторванной от общей медицины.

Что касается налогов, Котляревский указывает, что по Конституции СССР система налоговых поступлений централизована и отвечает финансовой эволюции федеративных государств. Он также говорит о том, что основные полномочия в области доходов республик должны быть предоставлены Союзу ССР, а в области расходов — республикам. Он также поддерживает лишение республик права эмиссии.

* * *

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что работы выдающегося юриста С. А. Котляревского до сих пор интересны ученым, несмотря на то что с момента их выхода в свет прошел целый век. В них дан «блестящий, строго научный анализ государственного строя России в переломную эпоху ее развития»¹. В сочинениях С. А. Котляревского исследователи найдут много интересного и полезного, что поможет им понять процессы, происходящие в Российской Федерации.

¹ Кроткова Н. В. Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России. С. 84.

Гараева Галина Фаизовна

*профессор Северо-Кавказского филиала Российского
государственного университета правосудия (г. Краснодар),
доктор философских наук*

Идейный потенциал русского философско-правового наследия в постижении права как фактора социальной стабильности

В ряду стратегических целей, к которым стремятся правители и народы, социальная стабильность занимает особое место, ведь ее отсутствие в жизни конкретного общества делает его слабым, уязвимым, неспособным раскрыть в полной мере экономический, политический, культурный, научно-технический, человеческий потенциал. Социальная стабильность не является синонимом застывшего неизменного состояния общества, напротив, она позволяет при всех происходящих изменениях сохранять качественную определенность и целостность социальной системы.

Антиподом социальной стабильности выступает нестабильность общества, порождающая неизбежные деформации в структуре и функциях социальной системы, создающая условия для подрыва ее целостности и единства. Несмотря на то, что социальная нестабильность как объективно существующее состояние неустойчивости является фундаментальной характеристикой мироздания, ее крайние последствия для общества, как показывает всемирная история, могут быть весьма драматичны и кровопролитны, порождая революции, войны, террор, гибель людей, стран, цивилизаций и т.д. В этой связи социальная стабильность общества как противоположность нежелательной социальной нестабильности актуализируется в современном мире, обретает аксиологическое измерение и требует всестороннего изучения.

В числе одного из важнейших внутренних факторов, способствующих достижению обществом социальной стабильности и всех вытекающих из этого благих последствий, является право, значение которого в данном случае трудно переоценить. Ведь право, являясь устойчивым, непрерывно воздействующим социальным регулятором, способно приводить социум и краткосрочно, и в долгосрочной перспективе к стабильному состоянию. Именно право, а точнее эффективное правоприменение, предотвращает разгул преступности, беззаконие, правовой нигилизм и другие деструктивные явления. При этом очень важно иметь верное представление о сущности права с тем, чтобы отделить его от беззакония, правового беспредела, различного рода деформаций. К тому же, право выступает фактором социальной стабильности при условии, что и на этапе правотворчества и на этапе

правоприменения используется подход, отвечающий смыслу права. В том случае, когда законодатель руководствуется идейными установками, не отражающими истинную природу права, оно не может стать фактором социальной стабильности общества. В этой связи важно не предавать забвению философско-правовое наследие, содержащее рассуждения о важных проблемах взаимодействия права с обществом, государством, личностью, нравственностью и т.д., через призму которых раскрываются теоретические и практические особенности достижения социальной стабильности в обществе.

Русская философия права не обходила стороной острые и трудные вопросы, связанные с организацией жизни, отвечающей устойчивому социальному порядку, общему благу и достойному существованию индивида. В конце XIX — начала XX вв. в русской философии права сформировались концепции, которые и сегодня не теряют своей идейной ценности и могут способствовать исследованию современных проблем. На наш взгляд, русская философия права включает такое концептуальное наследие, в котором содержатся важные, опорные точки для сегодняшних рассуждений о влиянии права на формирование социальной стабильности в обществе. Учитывая, что история русской философии права достаточна разнообразна, богата именами, методологически неоднородна, наша цель — рассмотреть некоторые подходы и выводы представителей разных школ конца XIX — начала XX вв., которые позволяют выявить условия, при которых право может фактически реализовать свой потенциал в достижении обществом социальной стабильности, а также условия, при которых это становится невозможным и вызывает дестабилизацию социума. Иными словами, в центре нашего внимания будут находиться не идейные разногласия представителей различных школ, а порожденный ими калейдоскоп мнений о праве, которые в совокупности помогают осознать сегодня значение права как фактора социальной стабильности. Безусловно, русское философско-правовое наследие гораздо богаче тех сентенций, которые будут рассмотрены, а представленные имена вполне позволяют показать сложившийся вектор размышлений о праве на рубеже XIX — начала XX веков в контексте вопросов, имеющих большое значение для понимания роли права в достижении социальной стабильности.

Так, в частности, большое значение для достижения социальной стабильности имеет представление законодателя о соотношении общественного и личностного начал, которым он руководствуется в своей правотворческой деятельности. В русской философии права, особенно конца XIX — начала XX вв. этому вопросу отводилось немало места. Это было обусловлено историческими и социокультурными предпосылками, связанными с процессом капитализации, резким социальным расслоением российского общества, социальными противоречиями и идейными разногласиями между представителями

позитивистских и непозитивистских подходов к праву. Предчувствие революционных перемен вызывали у философов права в России активный интерес к человеку и обществу, особенно в аспекте согласования их интересов, достижения общего блага и прогресса.

В русской философии права тема общества и личности более всего исследовалась и развивалась в трудах представителей естественного права. Большое внимание этому вопросу уделял, например, В. С. Соловьев. Лейтмотивом его подхода к изучению феномена сосуществования общества и личности была мысль о том, что их нельзя противопоставлять друг другу. Этот мыслитель предостерегал от крайностей индивидуализма и коллективизма, отмечая недостатки того и другого подхода. «С одной стороны, — пишет В. С. Соловьев, — гипнотики индивидуализма, утверждая самодостаточность отдельной личности, из себя определяющей все свои отношения, в общественных связях и собирательном порядке видят только внешнюю границу и произвольное стеснение, которое должно быть во что бы то ни стало упразднено; а с другой стороны, выступают гипнотики коллективизма, которые, видя в жизни человечества только общественные массы, признают личность за ничтожный и преходящий элемент общества, не имеющий никаких собственных прав и с которым можно не считаться во имя так называемого общего интереса. Но что же это за общество, состоящее из бесправных и безличных тварей, из нравственных нулей? Будет ли это во всяком случае общество человеческое? В чем будет заключаться и откуда возьмется его достоинство, внутренняя ценность его существования, и какую силою оно будет держаться?».¹

Собственное понимание истинного взаимоотношения общества и личности выстраивается В. С. Соловьевым на диалектическом основании, на учете исторически сложившихся неразрывных, взаимодополняющих связей между обществом и личностью. По убеждению В. С. Соловьева, общество не является внешним пределом личности, а есть ее внутреннее восполнение. Его не следует рассматривать как арифметическую сумму единичных лиц, оно есть «нераздельная целость общей жизни», проявившаяся в прошлом, проявляющаяся в настоящем и предполагаемая в будущем. Связь между обществом и личностью настолько тесная, неразрывная и взаимодополняющая, что это позволило В. С. Соловьеву характеризовать общество как дополненную и расширенную личность, а личность как сжатое, или сосредоточенное, общество.

Стабильный социальный порядок в обществе опирается, не в последнюю очередь, на осознание человеком необходимости ограничения его свободы при помощи права. Е. Н. Трубецкой, например,

¹ Соловьев В. С. Оправдание добра. Нравственная философия. М., Республика, 1996. С. 202

рассматривал это как преодоление людьми эгоистических побуждений: «Живя в обществе, я должен сознательно поступиться в пользу ближнего целым рядом эгоистических интересов и целей: я должен уважать чужую жизнь, свободу и имущество; так же должен относиться ко мне мой ближний; все мы должны почитать право, как общий порядок, который должен господствовать над волей каждого из нас».¹ Однако, помимо субъективной готовности человека к некоторому ограничению его свободы, отмечал Е. Н. Трубецкой, право возможно и действительно еще и в силу того, что граница внешней свободы человека поддается регулированию. Право воздействует на установление границ внешней свободы человека через угрозу наказания при ее несоблюдении со стороны государства, поддерживающего в обществе границы этой свободы. Таким образом, через обеспечение государством установленной в обществе меры свободы, которой осознанно следует адресат правовой нормы, в социуме достигается стабильность.

Принимая во внимание важность социальной стабильности в структуре потребностей личности, очевидно, что от положения личности в обществе, состояния ее правосознания и в целом мироощущения немало зависит. В русской философии права, в частности в трудах П. И. Новгородцева, было уделено значительное внимание анализу места личности во взаимоотношениях с обществом, а также в структуре общественного идеала. Личность, также, как и общество, представляет собой самостоятельное начало, которое не может быть растворено в обществе или уничтожено. По причине своей автономности она вступает в противоречие как с обществом, так и с другими личностями. В этой связи недооценка личности, отмечал П. И. Новгородцев, приводит к ошибке обожествления общества и тогда сторонники абсолютного коллективизма, например, К. Маркс, начинают полагать, что оно «само по себе своим внутренним совершенством спасает личность».² Конечно, личность имеет в себе общественную сторону и откликается на запросы общества, но при этом она вовсе не теряет своей индивидуальности, собственных стремлений, моральных и религиозных потребностей, желания свободного самоопределения. П. И. Новгородцев предостерегал от того, чтобы в общественном идеале абсолютизировать одну из составляющих личности, например, ее общественную сторону, в ущерб индивидуальности. Также он пре-

¹ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. //Трубецкой Е. Н. Труды по философии права / Вступ. ст. и примеч. И.И. Евлампиева. СПб.: Издательство РХГИ, 2001. С. 289.

² Новгородцев П. И. Об общественном идеале // Новгородцев П. И. Избранные труды. М., РОССПЭН, 2010. С. 494.

достерегал и от абсолютизации личности, несущей в себе большой заряд самочинной энергии, своеволия и эгоизма. Абсолютизация воли свободной личности создает угрозу общему благу, общественному прогрессу, устойчивости социального порядка и способствует расцвету асоциальных прихотей личности.

Оптимальное соотношение общественного и личного в общественном идеале, по мнению П. И. Новгородцева, должно рассматриваться, исходя из понимания, что общество и личность имеют один корень — живой человеческий дух. Однако основой всех построений будущего общества, считал П. И. Новгородцев, должна стать именно личность, в силу ее непреходящего и безусловного значения для всех времен, ведь только она является носителем нравственных норм и потребностей. Именно личность, по мнению П. И. Новгородцева, ценна своим правом «...отрываться от существующих установлений и требовать их усовершенствования».¹ Только личность может выступить источником и двигателем общественного прогресса, который определяется ее потребностями и направлен на решение задач, вытекающих из этих потребностей. Иными словами, общество не может достичь социальной стабильности, если в процессе правотворчества будет пренебрегать потребностями личности в ущерб потребностям общества, ведь никакие совершенные формы общественного устройства не могут дать личности всего, что требуется для ее развития, никакое общество не может заглушить чувство ее неудовлетворенности, стремление к высшему нравственному идеалу добра. Как верно подчеркивал В. С. Соловьев, для нравственно настроенного человека важно «...чтобы собирательная организация человека действительно подчинялась безусловному нравственному началу, чтобы общественная жизнь в самом деле принимала к исполнению нормы добра — правду и милосердие — во всех делах и отношениях между людьми, чтобы лично-общественная среда по существу становилась организованным добром».² Вообще, вся палитра взаимных притязаний личности и общества укладывается В. С. Соловьевым в следующую формулу: «Степень подчинения лица обществу должна соответствовать степени подчинения самого общества нравственному добру, без чего общественная среда никаких прав на единичного человека не имеет: ее права вытекают только из того нравственного удовлетворения или восполнения, которое она дает каждому лицу».³

Нравственная взаимосвязь личности и общества находит свое реальное воплощение в конкретном взаимодействии нравственности

¹ *Новгородцев П. И.* Об общественном идеале. С. 529.

² *Соловьев В. С.* Оправдание добра. С. 246.

³ Там же. С. 246

и права. Если подойти к правовой сфере через призму глубинной характеристики нашего мира, расколотого антиподами добра и зла, тогда, как отмечает В. С. Соловьев: «Между идеальным добром и злою действительностью есть промежуточная область права и закона, служащая воплощению добра, ограничению и исправлению зла».¹ В тоже время, нельзя говорить о безусловном воплощении добра и нравственного начала в правовой сфере в силу того, что «...источник человеческих законов, — подчеркивает В. С. Соловьев, — источник смутный. Прозрачная струя нравственной правды едва видна в нем под наносом других, чисто исторических элементов, выражающих только фактическое соотношение сил и интересов в тот или другой момент».² Кроме того, в условиях постоянной динамики потребностей личности право не поспевает за постоянно развивающейся жизнью, а в результате — всегда несовершенно и нуждается в изменениях. Обобщая, можно сказать, что право выступает как фактор социальной стабильности общества только при условии, если оно своевременно отражает происходящие перемены с личностью и социумом и при этом служит, наряду с другими факторами, долгосрочным целям, сопряженным с общественным идеалом. Социальная стабильность разрушается под влиянием различных причин, в том числе под влиянием конфликтов и деформаций в правовой сфере, в выявлении которых очень важна позиция личности, ее нравственно-критическое отношение к обществу и его принципам. Это обусловлено антропологическим фактором, включающим рациональную природу человека, его потребность в идеальных представлениях о праве, нравственные основания человеческого сознания, да и в целом критическое отношение человека к результату собственной деятельности. П. И. Новгородцев, например, указывал на очень важную взаимосвязь между нравственной оценкой права и состоянием правосознания человека, которое неразрывно связано с нравственным сознанием. Следовательно, отказ от нравственной оценки права оказывает негативное влияние на состояние правосознания, порождая его кризис, что в свою очередь становится негативным явлением с точки зрения поддержания социальной стабильности в обществе.

Следует также учитывать, что нравственная оценка права обусловлена не только рациональной природой человека. П. И. Новгородцев подчеркивал, что само право содержит предпосылки для его нравственной оценки людьми, так как оно «...является не только внешним механическим устройством общества, но также и нравственным ограничением общественных сил, поскольку в нем заключается совмест-

¹ Соловьев В. С. Оправдание добра. С. 326.

² Там же. С. 129.

ное подчинение их некоторому высшему решению и принятие на себя известных обязанностей».¹ Объективной предпосылкой критически-нравственной оценки положительного права, по мнению П. И. Новгородцева, является несовершенство общего характера нормы, не способной учесть многообразие конкретных случаев и индивидуальные особенности участников правоотношений. Он отмечал, что причина подобной несогласованности заключается в том, что законодатель «... должен издавать норму твердую, а отношения, к которым она применяется, подлежат изменениям. Это и придает праву известное несовершенство, которое порождает критику его со стороны подвижного нравственного сознания».² По существу, нравственная оценка права в силу несовершенства положительного права, а также устремленности нравственного сознания к идеальным, должным представлениям становится нравственной критикой права. Она помогает выявлять деформации и перекосы в правовой сфере и способствует устранению препятствий в достижении обществом социальной стабильности.

Надо сказать, что нравственная оценка права — это всегда сравнение состояний — фактического с должным. При нравственной оценке права должное отделено от конкретно-исторического в силу своей абстрактной, идеальной направленности, а сама нравственная оценка права в большинстве своем заключается в выявлении соответствия или несоответствия его нравственным идеям, идеалам, ценностям. Однако многое меняется, когда идея должного, правовая идея начинает господствовать. Именно она служит оправданием для власти. «Для современного культурного человека, — отмечает, например, Б. А. Кистяковский, — еще недостаточно того, что власть существует; мало и того, что она необходима, полезна и целесообразна. Только если власть способствует тому, что должно быть, только если она ведет к господству идеи права, только тогда мы можем оправдать ее существование, только тогда мы можем признать ее правомерной».³ В контексте этой темы, несомненно, важна точка зрения Н. М. Коркунова, отмечавшего непреходящую значимость осознанного принятия гражданами своей зависимости от органов власти. Он подчеркивал: «Государственная власть не чья-либо воля, а сила, вытекающая из сознания гражданами их зависимости от государства»⁴. В результате такого согласия граждан

¹ *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов. Ее происхождение и судьба // Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. С. 11.

² Там же. С. 13.

³ *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М.: М. и С. Сабашниковы, 1916. С. 479.

⁴ *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права / авт. предисл. И. Ю. Козлихин. М.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 251

проявляется сила, объединяющая государство в одно целое. И это, безусловно, очень важно с точки зрения достижения обществом социальной стабильности и сохранения при этом устойчивого вектора развития.

Учитывая то обстоятельство, что право, как фактор социальной стабильности относится к регуляторам, ориентированным на эволюционное, а не революционное развитие общества, очень важно, чтобы нормы права находили свою реализацию в повседневной жизни, в конкретных жизненных обстоятельствах. Трудно не согласиться с Б. А. Кистяковским, который обращал внимание на то, что «...часто даже наиболее осторожно и осмотрительно сформулированные законы не могут справиться с жизнью; это бывает в тех случаях, когда жизненные отношения развиваются в противоположном направлении тому, которое предписывается законом».¹ По существу речь идет об иррациональном характере права в реальной жизни, невозможности предвидеть, что «... станется с законом в его действии, т.е. какой он примет вид при своем применении».² Подобные метаморфозы, происходящие с правом в реальности, не могут не затрагивать интересы людей. Как верно подчеркивал Г. Ф. Шершеневич: «... право существует не ради самого себя, не для торжества отвлеченной идеи, а ради живых людей, ввиду насущных интересов жизни».³ В силу своей психической организации люди не могут быть безразличны к несправедливой норме права, но если она все же такова, то, по мнению Г. Ф. Шершеневича, во всех случаях ее применения надо стремиться к наименее несправедливым и нецелесообразным последствиям. «Применение нормы права с приспособлением ее смысла к конкретным случаям для устранения нежелательных последствий составляет, по мнению Г. Ф. Шершеневича, принцип справедливости или целесообразности».⁴ На наш взгляд, значение этого принципа для достижения и сохранения социальной стабильности в обществе трудно переоценить.

Вообще, метод критического анализа права нашел свое достойное отражение в наследии представителей русской философии права. Это не случайно, так как критическая оценка и анализ права создают необходимые предпосылки для движения общества в сторону совершенствования общественных отношений и достижения стабильно-

¹ Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. С. 349–350.

² Там же. С. 350.

³ Шершеневич Г. Ф. Избранное в 6 т. Т. 4. (включая Общую теорию права). М.: Статут, 2016. С. 611.

⁴ Там же. С. 611–612.

сти социального пространства. В этой связи заслуживают внимания рассуждения представителей русской философско-правовой мысли о политике права, предназначение которой как раз и заключается в выявлении недостатков действующих норм права, устранении этих недостатков и движении к должному в правоотношениях. На наш взгляд, политика права обладает серьезным потенциалом в деле достижения обществом социальной стабильности.

Вопрос о политике права, необходимости ее развития встречается в русской философии права в трудах С.А. Муромцева, Л.И. Петражицкого, И.А. Ильина, Ф.В. Тарановского, В.И. Сергеевича, Г.Ф. Шершеневича. Конечно, политика права у разных мыслителей имела определенные концептуальные особенности, но большая часть исследователей считали ее прикладной наукой, способной качественно изменить правовую сферу. Потребность в систематическом мониторинге состояния правовой сферы, соотнесении его с долгосрочными целями и правовым идеалом порождается рационально-критической природой людей, их свойством совершенствовать организацию своей жизни и вечным стремлением к идеалу. В этой связи трудно не согласиться с выводом о том, что «...идея политики права не была чем-то случайным и мимолетным для отечественной правовой науки. Напротив, она органично вписывалась в общую концепцию правоведения, развиваемую дореволюционными авторами, соответствовала господствующим представлениям о его структуре, методологии, социальном назначении».¹

Политика права не сводилась к средству достижения каких-то конкретных политических целей, она должна была включить право в контекст реализации человечеством своего высшего предназначения. Политика права должна была отразить метафизическую глубину права на уровне практически-преобразовательной деятельности людей в правовой сфере. Не случайно, Л.И. Петражицкий видел миссию науки политики права «...в сознательном ведении человечества в том же направлении в каком оно двигалось пока путем бессознательно-эмпирического приспособления и в соответственном ускорении и улучшении к свету и великому идеалу будущего».²

Рассуждая о сущности политики права и ее становлении, Г.Ф. Шершеневич справедливо подчеркивал: «Правоведение, несомненно, провинилось перед обществом тем, что, порвав с традициями естественного права, пренебрегло своими задачами в сфере критики и по-

¹ Малько А.В. От политики права к правовой политике//Вестник Саратовской государственной юридической академии, 2012. № 3 (86). С. 12.

² Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. Эмоциональная психология. Основы эмоциональной психологии. 3-е изд. СПб., 1908. С. 97.

литики, и за то потеряло общественные симпатии. Восстановить свою истинную высокую роль еще не поздно. И не в догматике должно происходить это обновление, не заменой догматики социологическими исследованиями, не путем разных приемов свободного толкования, а именно в критике существующего, в политике должествующего. Тогда юриспруденция перестанет быть «служанкою законодателя», а станет гласной советницей законодателя, руководительницей всей социальной жизни, пока не исчезнет потребность принудительного нормирования человеческих отношений». ¹ Благодаря политике права контроль над состоянием правовой сферы обретает системный и не случайный характер.

Через политику права раскрывается великий смысл права, который не всегда открыт людям в их повседневности. В этой связи важны слова Л. И. Петражицкого, о том, что политика права как практическая наука ведет к улучшению и воспитанию человека и вообще к положительному добру. ² Но при этом, не следует забывать, что успех политики права во многом зависит от умения объективно-критически оценивать правовую сферу и эффективность правового регулирования. Обращаясь к трудам философов права в России, можно сделать вывод, что действие права как фактора достижения социальной стабильности общества происходит опосредованно через деятельность людей, творящих право, критически его оценивающих, преобразующих право, использующих его для приближения к идеалу общественных отношений. Все это чрезвычайно важно для достижения и поддержания стабильности социального пространства.

В целом, отбросив в сторону различие во взглядах представителей разных школ русской философии права и сосредоточившись на тех идеях в их трудах, которые способствуют приращению знания о праве как факторе социальной стабильности, мы видим, что право исследовалось в России не узко-прагматически, а в контексте духовных (нравственных) ценностей и высоких целей, что позволяет говорить о нем самом как о ценностном феномене, порождающем в краткосрочной и долгосрочной перспективе особое благо — стабильное состояние социальной системы.

¹ *Шершеневич Г. Ф.* Избранное в 6 т. Т. 4 (включая Общую теорию права). С. 696.

² См. *Петражицкий Л. И.* Введение в науку политики права (1896—1897) // Теория и политика права. Избранные труды. СПб., 2010. С. 16.

Симеон Гройсман

*доцент по общей теории права юридического факультета
Софийского университета им. Святого Климента Охридского
(Республика Болгария), доктор права*

Норма как предсказание. Правовой реализм Оливера Холмса в свете вопроса о научном статусе права¹

Введение

Данная работа объединяет в себе усилия разных авторов в связи с базовым понятием о предвидимости и его двух проявлениях — предвидимость как правовой принцип и как социологическое измерение регулирования. Рассмотривание вопроса о предвидимости права в контексте множества демонстрированных взглядов требует предварительного определения позиции того, что из себя представляет предвидимость права. С моей точки зрения, о предвидимости права можно говорить, в основном, используя два способа.

(1) Первый способ рассмотрения предвидимости права является внутренним, юридическим способом и рассматривает ее как правовой принцип. Принцип предвидимости действий властей, включительно в сфере законотворчества и правоприменения, считается одним из основных проявлений принципа правового государства². Законность ставит действия государственных органов в определенную нормативную рамку и в этом смысле является требованием об их предвидимости, то есть более конкретным проявлением общего принципа правовой стабильности, снова рассматриваемый на плоскости правового государства³. Предвидимость нормативной регламентации, в свою очередь, объявлена одной из “основных характеристик правового государства”⁴. В конечном итоге, это означает, что существует действительное, юридически обязательное предписание, которое в формате правового принципа ставит обязательные цели для болгарской правовой системы:

¹ Настоящая публикация подготовлена при финансовой поддержке Национальной программы “Молодые ученые и постдокторанты” Министерства образования и науки, за которую автор выражает свою признательность.

² В этом смысле и понимание нашей конституционной юрисдикции — см. Решение Конституционного суда Республики Болгарии (далее — КС РБ) № 8/15.11.2019 г. по конституционному делу (далее — к. д.) № 4/2019 г.

³ См. Решение № 10/29.09.2016 г. КС РБ, к. д. № 3/2016 г.; Решение № 3/23.02.2017 г. КС РБ по к. д. № 11/2016 г. В болгарской доктрине речь идет о принципе «правовой надежности» (болг. “правна сигурност”) в смысле немецкого *Rechtssicherheit*, где речь идет не только об определенности права как ясность регуляции, но и возможности быть уверенным, что полученный правовой результат будет стабильным во времени.

⁴ Решение № 7/29.09.2009 г. КС РБ по к.д. № 11/2009 г.

(1.1.) Государственные органы должны действовать согласно законам, что *eo ipso* означает, что и правовые адресаты, ориентируя свое поведение согласно закону, могут рассчитывать на определенное поведение со стороны государственных органов.

(1.2.) На следующем месте, законодательство, созданное государством, должно не только гарантировать предвидимость действий государства, но и, будучи изменяемым государственными органами, оставаться предвидимым.

Первое измерение принципа (1.1) может быть связано с плоскостью правоприменения — до тех пор, пока государственные органы действуют строго в рамках своей компетенции, а каждое их действие по своей сущности является правоприложенный акт, их действия должны правильно применять существующие нормы. В результате чего, правовые адресаты, зная нормы, получают ясные ориентиры о том какое поведение следует ожидать от государства.

Второе измерение принципа (1.2) относится к предвидимости законотворчества, предписывая недопустимость законодательных изменений, которые по своей частоте или содержательному изменению предыдущих правовых последствиях, не соответствуют пониманию, что в правовом государстве адресаты права могут рассчитывать на стабильную регламентацию, которая не затрагивает непропорционально их правовую сферу и дает возможность долгосрочного житейского планирования.

(2) Второй способ рассмотрения предвидимости права, является внешним для юридико-догматического познания. Он рассматривает предвидимость как фактическую, не нормативную, а социальную категорию. Категорию не должного (как в первом случае), а существующего. Таким образом, тема о предвидимости в праве обращает внимание к социологии права, к поиску одного внешнего для правовой системы критерия, который оценивает, является ли определенное развитие данной системы предвидимым или нет. В настоящем изложении я займусь именно вторым подходом, используя как базу комментариев известную идею Оливера Холмса о праве как *предсказание*.

Идея, что что-то может быть **предвидено**, исходя из позиции, что существуют определенные (фактические) закономерности, которые обосновывают предположение, что это что-то случится или может случиться. Идея, что право связано с какой-либо функцией предсказания, одновременно, задает вопрос: что это за факты, на основе которых мы судим о праве, что это за социологические “закономерности”, которые дают нам такую возможность и, на втором месте, являются ли наши выводы всегда точны, что мешает им быть таковыми, где разница между “предсказателем” и судьей или ученым, кто говорит о том, что какое право, а кто только пытается “отгадать”.

Тезис Холмса.

Оливер Уэнделл Холмс (1841–1935) публикует свою известную статью “Путь права” в 1897 г.¹, незадолго до того, как его назначили судьей в Верховном суде США. В последующие десятилетия данный текст в значительной степени повлиял на американскую правовую науку, превращается в знаковый для американского правового реализма, а в доктрине даже встречаются мнения, среди которых речь идет о “самой важной статье, которая когда-либо была написана американцем о праве”².

В “Пути права” Холмс предлагает модель для объяснения права, преследующий несколько целей:

- (1) Правовые правила не должны смешиваться с **правилами морали**.
- (2) Правовые права следует рассматривать, находя их **связь с определенными фактами**.
- (3) Для правовых правил должны быть найдено объяснение, отражающее **реальную работу юристов**.

В качестве отправной точки своего анализа, Холмс рассматривает юридическую профессию как профессию администраторов в аппарате публичной власти и посредников между данным аппаратом и адресатами права. Согласно интерпретации правового реализма, госорганы, как и частные лица требуют определенного поведения от других лиц. Право, как способ определения поведения и принуждения к подчинению, может быть задействовано и по инициативе государства — например, в сфере административного наказания, также и по желанию отдельного субъекта — например, когда он обращается к государственному суду с прошением о защите своего права собственности³. С классической точки зрения правового позитивизма, госорганы должны действовать, руководствуясь законом, а на его базе решения рассматриваются, как согласованные с правом или противоречащие ему. Начатая Холмсом прагматическая реформа правового мышления берет другое направление — она ищет познания того, что можно ожидать от данных органов в той или иной ситуации. Центральное место в данной концепции занимают, в первую очередь, суды. Поскольку

¹ *Holmes O. W. The Path of the Law Source: Harvard Law Review, Mar. 25, 1897, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25, 1897), pp. 457–478.*

² См. Различные мнения, подчеркивающие исключительное влияние текста, подобранные и цитированные *Alschuler A. The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later, 49 Florida Law Review 353 (1997), p. 354.* Указанное выражение взято из цитированного Альштулера Sanford Levinson.

³ См. Об идее права как средство, посредничающее и направляющее государственное принуждение в современном правовом реалистическом анализе у *Post R. The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship, Theoretical Inquiries in Law, 2001, Vol. 2, No 1 p. 324–325*, к которому меня направил *Zoller E. Introduction to Public Law: A Comparative Study, Martinus Nijhoff, 2008, p. 5, note 11.*

решение ключевых споров в обществе доверено судьям, а для граждан важно знать, как бы суд решил дело, ключевая функция юристов состоит в том, чтобы предвидеть, прогнозировать, предсказывать как поступит суд¹.

Здесь я бы хотел изложить дефиниции, посредством которых в “Пути права” предлагается реформатирование правовой науки. Итак, по мнению Тома Холмса²:

(1) **Право** представляет систему, состоящую из “предсказаний о том, что суды фактически сделают”. В прецедентном праве приложим индуктивный метод, при котором определенные общие правила и принципы извлекают на основе множества судебных решений. В континентальном праве напротив — нормы играют роль указаний/ программ/ предсказаний о том, как поступят суды.

(2) **Субъективное право** является предсказанием (prophecy) того, что суды будут уважать определенное притязание, то есть — в более широком контексте, что госорганы будут позволять и защищать определенное поведение.

(3) **Юридическое обязательство** является предсказанием того, что “если осуществится или будет допущен определенный поступок, то субъект будет вынужден терпеть определенные последствия, согласно судебному решению”.

(4) Предметом **юридической науки** является формулирование предсказания о том, каковы будут действия судов для использования публичной власти. Источниками этого исследования являются судебные решения (указанные, на первом месте, с точки зрения контекста местного Common Law), учебники по праву и нормативные акты (statutes).

Для того, чтобы формулировать данные положения, Холмс исходит из идеи о “плохом человеке”, который совершает правонарушение и не беспокоится о моральной стороне своего поведения, для того, чтобы право могло быть объяснено ему посредством некоторого типа морального обязательства³. Для него важно то, что можно ожидать от своего поведения, каковы его шансы в суде и какой должна быть его защитная стратегия. Он видит право в его “окончательном”, завершено-приложном виде — постановленном судебным решением и хочет избежать осуждения. “Плохой человек”, а и правовой адресат в целом, (для ясности — адресат — неюрист) более склонен спросить не о том, “что говорит закон в данном случае”, то есть, “как **должен** поступить суд”, а просто фактически — “что будет?”, “что **решить** суд”. Обычный юридический ответ, следующий канонам правового позити-

¹ Holmes O. W. Opt. cit, p. 457.

² Холмс несколькократно развивал свои дефиниции в различных пассажах, поэтому я их здесь (ре)конструирую, используя то, что он указал на р. 457–458, 461.

³ Ibid. P. 459.

визма, согласно которому “суд **должен** принять следующее решение”, но необходимо подождать, для того, чтобы увидеть как действительно поступит, по мнению Холмса оказывается недостаточным, социально неполноценным. Русскоязычному читателю, наверное, будет любопытно, что ст. 8, параграф 3, пункт 3 Кодекса адвокатской этики в Болгарии прямо запрещает адвокату обещать *достижение конкретных результатов*. То есть адвокату запрещено говорить, что суд как-то отсудит и, например, отпустит его подзащитного. Можно добавить, что решение одного случая, выведенное по юридико-догматическому пути — на основе наших “нормативных вычислений” само по себе всегда является условным. Оно основывается на предположении, что суд фактически осудит, согласно закону, в данной ему от нас интерпретации. Между тем, хоть и **должен** сделать это, есть несоответствие между тем, что должен и тем, что суд фактически сделает всегда возможно. С точки зрения данной позиции, юридический совет, выведенный посредством позитивистского метода, является только предположением. Он основан на допущении того, что судебная система работает так, как ей предписывает закон (и даже так как ей предписывает наше толкование какого-то закона). Данное допущение, разумеется, является основополагающим и без него само юридическое мышление невозможно — если нормы являются только “пожеланиями”, “хорошим знамением” в пользу истца или ответчика, то мы должны сказать, что судьи решают дела по своему личному усмотрению. После данного уточнения можно перейти к следующей части моего аргумента — если даже строгий позитивистский юридический совет, данный “плохому человеку”, является в некоторой степени предположением, становится возможным, чтобы юридические советы-предположения заменили нормы как положения должного.

Право как факт

Правовая позитивистская методология, которой следуют болгарские юристы, исходит из идеи, что право содержит нормативные предписания, на основе которых можно “вычислить” должное в одном или другом случае из юридических прав и обязательств. Можем ли мы назвать данные выводы “научными”? Для того, чтобы ответить на данный вопрос, мы будем исходить из одного основного рабочего понимания, согласно которому наука в той сфере человеческой деятельности, которая ищет систематизированное достоверное познание о процессах окружающего мира и/ или из определенных символических систем, при этом составляя модели (тоже согласно требованию, системных и достоверных) о способе действия данных процессов.

Первый тип наук исторически известны как *реальные* — дающие познание об окружающей нас среде, о “реальности” (такими науками являются физика, биология, экономика), а вторые известны как

формальные — работающие над моделями определенных идеальных (в противовес реальности) систем (логика и математика).

Юридическая наука также, как и остальные социальные науки, в свою очередь находится в числе реальных наук о культурной сфере, изучающие явления, созданные человеком, и по данному критерию отличающиеся от природных наук, которые тоже рассматривают окружающую нас реальность¹. Реальные науки ориентированы на описание определенных фактов и составлению дальнейших выводов о них с помощью логических приемов формальных наук. Последние, структурируя человеческое мышление, помогают первым². На практике сама идея о систематизированном достоверном познании, посредством которого я ввел свое рабочее определение о реальных науках, возможна только через определенное формально-логическое понимание о систематизации и достоверности. Примером данной связи является работа биолога, который описывает факт существования определенного, недавно обнаруженного организма, используя в дальнейшем логические правила для нахождения его места в биологической классификации (таксономии видов). Устанавливая определенные факты о способе жизни и функционировании в определенной характерной среде недавно обнаруженного вида, и применяя в дальнейшем математико-логическое познание о строительстве модели развития, тот же биолог смог бы, например, предположить каковы будут результаты от заселения данного вида в новой для него среде (гипотеза так называемой “биологической интродукции”).

Мы любим обосновывать свои взгляды о праве, с точки зрения “утвержденного в юридической науке”. Когда мы говорим “с научной точки зрения так” или отмечаем, что “в доктрине что-то является бесспорным”, это легитимирует нашу точку зрения. С академической кафедры преподаватели формулируют “доктрину”, на которую судьи ссылаются, при этом обе стороны в данном взаимодействии действуют во имя своей взаимной легитимации. Факультеты ценны, ибо направляют юридическую практику. Юридическая практика (в конечном счете, действия компетентных органов, направляющие силу государственного принуждения), с данной точки зрения, не является произвольной, она основывается на закон, подтверждая свою правоту посредством мнений факультетов, как следует применять данный закон.

Разграничение между реальными и формальными науками задает вопрос, который обходится в нашей методологии, что это за наука право, с какими фактами она работает? Какие факты подтверждают

¹ Kornmeier M. Wissenschaftstheorie und wissenschaftliches Arbeiten: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler, Physica-Verlag Heidelberg, 2007 S., 14–16.

² Carnap R. Formalwissenschaft und Realwissenschaft, Erkenntnis, 1935, Vol. 5, S. 35.

одно юридическое суждение как верное или неверное. Рассматриваемая как нормативная социальная наука, у права есть свой основной предмет анализа действующих в обществе социальных норм. Суждения о том, что предписывают нормы в той или иной ситуации являются суждениями о должном. Правовая теория разграничивает их от фактических суждений и рассматривает их через призму их годности в одну символическую систему предписаний. Данный факт не дисквалифицирует право как реальную, то есть ориентированную к фактам, науку. Связь между “фактом и правом”, между “действительность (важность) и истинность” должна быть кратко представлена, для того, чтобы продемонстрировать и сущность спора, который ведут правовые реалисты.

Существует ли что-то (оно “есть”) или является должным (оно “должно” быть) является вопросом определенного представления. Наше представление, что у жирафов есть свое естественное местообитание в Азии, например, является представлением о том, то в реальности существует, оно подлежит такой оценке как верно или неверно (их естественная среда, как известно, фактически, находится в Африке). Напротив, представление, что жирафов нельзя отстреливать (охота на них запрещена) является представлением о должном. Самое детальное объяснение данной разницы, сложной и дополнительно размытой из-за специфики юридического слога, дано Кельзенианским правовым нормативизмом. Таким образом, норма (“нельзя стрелять в жирафов”) и факт (“жирафы живут в Африке”) являются двумя разными по своему типу суждениями. Норма как то, что должно в качестве своего содержания определяет что-то существующее — факт, который вменяется как обязательный — “объективируется” определенной высшей власти, у которой есть законодательный авторитет¹. В качестве отправной точки можно использовать обычные правовые представления, связывающие определенное поведение, которое должно быть (правовой обычай) с определенным фактом (долгосрочное соблюдение данного поведения с осознанием, что оно обязательно). Кельзен пишет, что в ходе правовой истории западные общества дошли до идеи о создании норм волевым путем определенными госорганами². В конечном итоге, это означает, что юристы ищут приложимую норму не путем своего воображения, а с точки зрения определенных фактов; правосоздающие факты являются частью эмпирики окружающей нас реальности, кроме того, нормы как действительные суждения о должном (“нельзя стрелять в жирафов”), могут быть составлены и описательные суждения, ссылающиеся на определенную правовую

¹ *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom aus der Lehre vom Rechtsätze, 2. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1923, S. 9, 21.

² *Ibid.* S. 38–39.

систему, чьи органы создали норму — например “в Кении существует действительная (валидная) норма закона (то есть существует содержащий ее источник), согласно которой нельзя стрелять в жирафов”.

Континентально-правовое видение на показанную связь между фактом и нормой исторически поставило в центре юридического интереса фигуру законодателя. Правовая наука, преодолевая свой естественно-правовой период и, обнимая правовой позитивизм, параллельно с развитием современного государственного права, превращается в науку о законодательстве. В одной своей известной критике и крылатой фразе 1874 года Юлиус Кирхман (1802–1884 г.) пишет, что “наука, которая превращает случайное в свой предмет, сама по себе превращается в случайность [сегодня мы бы сказали — релятивизирует свое содержание, ориентируя его на действующее задолго до него законодательство]; на основании трех слов законодателя, целые юридические библиотеки превращаются в макулатуру”¹. Осовременяя, мы бы еще добавили — или на основе трех абзацев Верховного кассационного суда, у которого нет законодательного обязательства за “краткое, точное и ясное формулирование нормативного акта” (см. ст. 9 болгарского Закона о нормативных актов), может позволить себе быть многословным. Он имеет позицию в системе судов, дающая возможность направлять практику других судов. Таким образом, подвергнутая влиянию различных течений в судебной практике, правильность выводов правовой доктрины становится слишком условной. Они являются верными до тех пор, пока верховный суд не решит поменять свою практику.

По мнению эмпиризма, чьи представители являются правовыми реалистами, правовая наука должна основываться на фактах. Согласно правовому позитивизму (более ранняя волна эмпиризма в праве), ключевыми являются факты, которые мы называем правовыми источниками. Источники создают нормы, открывая дорогу для наших формальных вычислений о том, что должно. Если будет принят действительный источник права (факт), то будет налицо определенное обязательство (нормативное следствие того факта). Данное решение однако не является окончательным, ибо не указывает нам что происходит эмпирически, на практике в ходе приложения правового источника. Поставлен вопрос если не законодатель является тем, кто определяет безальтернативно и окончательно содержание правоприложных актов, создаваемые им “правотворческие факты” — законы, уже не должны быть в центре юридического интереса. По данной причине, говоря

¹ *Kirchmann J.* Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Verlag Julius Springer, Berlin, 1848. Пассаж доступен в следующей онлайн-версии: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/kirch1a.html>.

о фактах, реалисты хотят, чтобы правовая наука поменяла свое направление и формулировала выводы о том, что фактически делают суды.

Право как предсказание

Почему Холмс, как мы видели, говорит о “предсказании”? где разница между “предсказанием” и “прогнозированием”, чисто социологическая вероятность, которую ищут ориентированные на факты социальные науки? Говоря о “предсказании”, Холмс подразумевает, что основная власть в его современной правовой системе находится уже в руках судей. Как заявляет другой классик американского правового реализма — Джон Чипман Грей (1839—1915) “все право создается судьями” — “all the law is judge-made law”, потому что — “в конце концов, то, что говорит законодатель — это только слова; суды должны сказать что означают эти слова, они должны толковать законодательные акты; несомненно, их толковательная власть ограничена, но данные ограничения в той же степени неопределенны, сколько [в прецедентно-правовом контексте начала XX. век — заметка моя — С. Г.] и те ограничения, которые у них есть, работая с источниками права”¹.

Данные взгляды были достаточно радикальными для своего времени в американской доктрине. Они отражают прецедентное мышление и делают акцент на значимую роль судов. Сегодня даже в Европе подобные рассуждения звучат, скорее, логично, потому что давно речь идет о своеобразном “позитивизме судей” (Richterpositivismus) в определенной степени альтернативным и/или замещающим собой “правовой позитивизм” (Rechtspositivismus). Бесспорно, усиление значения судебной практики в облике правового регулирования превращает правовую систему из “законодательного” в “судебный продукт”, создавая ситуацию, в которой “судья последней инстанции превращается в замещающего законодателя”, а объявленное им — в действительное право². В контексте изложенного можно говорить о разделении на нормоориентированное и фактоориентированное описание права. Традиционная правовая наука является нормоориентированной наукой, она рассматривает право как нормативную систему и исследует результат, который должен быть в одном случае, абстрактно-логическим путем — посредством “вычисления” на основе действительных норм и принципов. Данные нормы и принципы фактически созданы и применяются определенными социальными институтами. Правовой реализм, напротив, видя, что нормативные рассуждения не всегда успевают уловить замысел судов, ищет другое объяснение, направ-

¹ Gray J. C. The Nature and Sources of Law [1909], Second ed., Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972, pp. 124–125.

² Rütters B., Fischer Ch., Birk A. Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. überarbeitete Auflage, München: C. H. Beck, 2018, S. 36–37, 314–315.

ленное прямо к “твердым” фактам. Таким образом, граница между правотворчеством и правоприменением теряет свою роль методологического императива.

Смысл подобного критического подхода становится ясным, если рассмотреть внутренние недостатки нормоориентированных заключений, **которые являются причинами для возникновения правового реализма:**

(1) Абстрактные правовые предписания всегда содержат неопределенность по отношению к своему конкретному приложению. Правоприменение всегда связано с общими стандартами к частным случаям. Данная модель мышления Холмса связывает с идеей об определенном логическом исследовании, в котором обучаются юристы. С одной стороны, “определенность [предписаний] является в целом иллюзией [а] за логической формой прячется оценка относительных и противоречивых юридических аргументов”. И хотя не всегда мы даем себе отчет о том, что “большая часть нашего права всегда открыта для переосмысления на основе минимальных изменений в общественных настроениях”¹. Рассуждение об юридически должном является процессом, который сам по себе связан со спорами о правильном толковании в ходе конкретизирования общей нормы к фактам одного частного случая. При поиске нормативного разрешения, споры о толковании пересекаются со спором между сторонами в деле, лоббирующие свою позицию в одном социальном конфликте. В данном смысле юридическое обоснование по одному судебному делу всегда является процессом по убеждению с точки зрения конкретных житейских целей, а не безпристрастного и по-научному точного поиска, объективно данного правильного ответа на соответствующий вопрос.

(2) Судебная практика (а не юридическая наука) фактически является окончательным тестом о том, что говорит право. Правовая наука может обосновывать верность своих выводов различными способами — посредством логики или идеологических аргументов — сегодня это аргументы идеологии прав человека. Суд как инстанция, которая решает спор, в конечном итоге, решает что является правообразным. По данной причине, например, болгарская правовая наука которая чаще всего твердит, что судебная практика не является источником права, удостоверяет свои выводы, ссылаясь на судебную практику. Для внутреннего наблюдателя правовая доктрина и судебная практика как бы возникают друг из друга. Они похожи как мифический уроборос — змея, съедающая собственный хвост, символ времени и цикличности и содержащееся в каждом семени новое начало². Для

¹ *Holmes O. W.* Opt. cit., p. 466.

² *Cirlon J. E.* A Dictionary of Symbols, Routledge, 2001, p. 15, 48.

правового реализма истинное “семя перемены” в праве (в конечном итоге — в судебной практике) являются социальные обстоятельства, а воля судьи в значительной степени более свободна, как по отношению к законодательной рамке, так и со стороны опеки доктрины.

(3) Судьи являются носителями окончательной власти толкования, как приложимых норм, так и фактов в конкретном деле. Ища относимые обстоятельства, самый использованный реалистический тезис гласит, что у судей могут быть свои собственные, несвязанные с законом соображения о том, как решить одно дело и под их влиянием направить анализ доказательств или норм в одну или другую сторону. Возможно, например, что суд не кредитует показания одного свидетеля. Для исследующего его судебный акт спустя годы будет трудно понять: по внутреннему ли убеждению судья решил, что данные показания недостоверны или — напротив, “лицемерно” объявил их таковыми, чтобы направить исход дела в определенное русло. Или, что бы привести другой пример — Конституционный суд может пройти мимо или недооценить важный толковательный аргумент, рассматривая в определенном случае не столько какой-либо “правильный” смысл Конституции, а последствия, которые его решение будут иметь в конкретной политической обстановке.

Такое развитие рассуждений разделяет самих правовых реалистов на две группы. По мнению **(3.1.)** скептиков по отношению к правилам, например, Карл Ллевеллин (Karl Llewellyn, 1893–1962), всегда может быть найдена неясность, подлежащая разнообразным толкованиям, тогда, как по мнению **(3.2.)** скептиков по отношению к фактам, во главе с Джером Франком (1889–1957) особенно более низкие инстанции или судебное жюри будут, скорее, склонными интерпретировать факты так, как нужно для определенного желанного конечного результата процесса¹.

В конечном итоге, после того, как, с одной стороны, догматический способ “вычисления” на основе права сложен для понимания для неюрристов и ведет ко многим спорам между юристами, становится прагматичнее вместо того, чтобы рассчитывать на внутренние вычисления правового мышления, приступать к непосредственному использованию конечного результата уже прошедших дел. Связанная с реалистическим настроем, философия прагматизма дефинирует свою направленность как исследование не абстракции, а социальных последствий². Таким образом, Холмс противопоставляет **внутреннюю точку зрения** о праве — принадлежащую судьям, которые используют нормативную логику для решения дела, с **внешней точкой зрения** —

¹ См. данный спор, моделированный *Harris J. W. Legal Philosophies*, Second ed., London, Edinburgh and Dublin: Butterworths, 1997, p. 100.

² См.: *Friedmann W. Legal Theory*, Second ed., London: Stevens & Sons, 1949, p. 191.

принадлежащую правовым адресатам, которые хотят знать результаты судебной деятельности и организовать свою жизнь на основе определенной предвидимости. Решение суда является будущим действием, которое подлежит прогнозированию. Ввиду разнообразия влияющих социальных факторов, данное прогнозирование пытается искать стабильность там, где человеческое сознание свободно принимает решения. Степень нестабильности юридического прогноза о выходе дела повышается. Решение имеет условный характер не только с точки зрения логической структуры правовой нормы (“если..., то...”)¹, но и ввиду того, что суд может придерживаться одного или другого толковательного подхода, принять установленными одни или другие факты. В конечном итоге, материальноправовая норма будет приложена или неприложена при условии, что процесс ответит суд к определенному результату. В свете указанных скептических направлений (3.1. и 3.2. в настоящем параграфе), у судов есть множество возможностей подвести свои рассуждения в одно или другое направление, а у юридической аргументации есть, в конечном итоге, одеть судебное решение в одежду безальтернативности и категоричности.

Описанные подозрения закономерно ведут к идее, что система правосудия склонна создать условия для произвольных судебных решений, которые принимаются по внутреннему убеждению и лишь после обоснуются посредством одной или другой законной нормой, без того, чтобы быть плотно связанным с ней. Данный исследовательский настрой и связанная с ним тенденция о социальной критике направляет развитие правового реализма XX века. Для того, чтобы “истинное” право, то есть истинный механизм о действиях судов и оказывающие на него факторы, правовые реалисты ищут подходы, связанные с социологией, криминологией, экономикой². Сам Холмс в “Пути права” — на практике, предсказывая волну правовых исследований XX века, пишет, что “[о] рациональном исследовании права — здесь автор имеет ввиду исследование, основанное на методах правовой догматики, юрист, базирующийся на документальных свидетельствах (the black-letter man) является юристом настоящего, но юрист будущего является человеком статистики и знатоком экономики”³. В своих будущих радикальных формах, мышление, связанное с правовым реализмом, концентрируется на внезаконных факторах, влияющих на судебные решения. Таким образом, например, Critical Legal Studies направлен

¹ Условная структура правовой нормы рождает условность по отношению к судебному решению, то есть для того, чтобы действовали предписанные нормой последствия, суд должен, в первую очередь установить, что ее гипотеза доказана сторонами.

² *Friedmann W.* Legal Theory, p. 191.

³ *Holmes O. W.* Opt. cit., p. 469.

к анализам, показывающие как объединенные в одном механизме практика, доктрина и юридическое образование легитимируют нормы, “воспроизводящие” отношения неравенства, практики, скрывая “истинное” (реальное!, фактически данное) лицо политической системы за благозвучными именами правовых принципов справедливости и верховенства права¹.

Предвидимость как долговечность срока действия во времени

Сравнение между традиционной позитивистской доктрины и тезис правового реализма является сравнением идеи, которая в большой степени сформирована в контексте европейского законоцентризма и противопоставленная ему прецедентная правовая культура Common Law. Если с условным термином “законоцентризм” обозначается период в континентальной правовой истории, названный Карлом Шмиттом, “государство законодательства” (Gesetzgebungsstaat), то не трудно увидеть, что и в Европе — особенно после окончания Второй мировой войны, последовал ренессанс судебного контроля, посредством которого — включительно и по сей день, юриспруденция конституционных судов и таких юрисдикций как ЕСПЧ (Европейский суд по правам человека) и СЕС (Суд Европейского союза), формирует облик современных правовых систем. Данный процесс, которым Восточная Европа была подвергнута в своей самой новой конституционной истории актуализирует интерес к правовым реалистическим подходам и здесь.

В заключении предпочитаю поставить более ограниченный и конкретный вопрос, связанный с проблемой предвидимости права. Авторы школ правового реализма последовательно подчеркивают власть, концентрирующиеся в судах. Именно они, согласно реалистической визии о праве, являются источником непредвидимости в правовой системе, потому что — если Холмс и его последователи правы, даже и самый непредвидимый парламентарный законодатель только создает динамическую рамку, в которой суды покажут свой потенциал к причудливым решениям. В действительности, в Болгарии можно считать более удачной различную визию, согласно которой налицо непредсказуемо, подавляюще, часто лишнее и в целом, плохо запланированное законодательство, с чьими постоянными волнами суды должны будут справляться. Это позволяет задать вопрос, если у нас есть нестабильная, постоянно меняющаяся правовая система, суды ли виновны в этом? В действительности, налицо есть достаточно строгих законных норм, которые ограничивают судей и постоянную возможность законодателя изменить право, если его судебское приложение ему не нравится. Если есть определенная судебная практика,

¹ См.: *Minda G. Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London: New York University Press, 1995, p. 106.

которая встречает политическое сопротивление среди большинства в Парламенте, она может быть преодолена через последующее законодательное изменение, пусть и в противоречие с идеей предвидимости¹. Это означает еще, что если определенная судебная практика в конечном итоге не является последованной законодательной переменей, она является молчаливо принятой и законодателем.

Давайте сравним суды с парламентарным законодателем как два возможных источника непредвидимости в праве.

(1) Роль суда как источника (не)предвидимых правовых последствий урегулирована посредством наличия (а) инстанционного контроля по отношению к конкретному правовому спору и (б) тенденция к созданию и следованию постоянной судебной практики. В случаях, в которых возможно, чтобы верховные суды сменили свою практику, они все же должны обосновать свое решение. В конечном итоге указано, что подобная “внутренняя преемственность” в рамках судебной аргументации ведет к континуитету направления из медленно меняющихся во времени судебных позиций, развивающиеся “from case to case” и отражающие способ, по которому суды реагируют на окружающие нас перемены². Отмечая, к слову, не как свою обособленную идею, а просто как одну из возможных версий о том, что такое право, Холмс дает прекрасную формулировку — “law is the voice of the Zeitgeist”³.

(2) Напротив, роль парламента как источник резких перемен в праве является значительно шире. Нет ограничения, чтобы определенная регламентация была постоянно сменяема, чему мы являемся свидетелями в различных отраслях. Конституционный суд контролирует действия парламента в сравнительно широких рамках, при том, что к настоящему моменту идея, что слишком часто или необоснованное нормативное изменение противоречит принципу правового государства, не выведена в правктике конституционной юрисдикции. Политические формы контроля со стороны избирателей, напротив, скорее толкают легислатуры по пути непредвидимости в поиске удобных с популистской точки зрения, “быстрых решений” для наболевших социальных проблем.

Описанные тенденции ведут к одному, скорее, более минорному выводу, возвращающийся к идее о “предсказывании правораздава-

¹ В качестве примера можно дать введенный в Кодексе страхования новую статью. 493а. (болгарская Государственная газета, ном. 101 2018 г.), регламентирующий компенсации имущественного и неимущественного вреда вследствие телесного повреждения или смерти в ответ на изменение в практике ВКС, расширяющая круг лиц, которые могут претендовать на компенсацию при смети близкого.

² См. данный тезис у *Zippelius R. Rechtsphilosophie*, 4. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2003, S. 170.

³ *Holmes O. W. Opt. cit.*, p. 469.

тельных решений”. К традиционному вопросу правового реализма, а именно “что делает суд” в континентально-популистской современности добавляется вопрос “какое изменение может быть ожидаемо от законодателя”, как и “в какой степени предыдущие решения суда могут быть основанием для предсказания” с точки зрения шансов для изменения судебной практики. Если можем рассматривать предвидимость как стабильность действия нормы во времени и придание ей значения, то есть, в конечном итоге, как стабильности срока действия норм и их последствий, реалистический подход в “предсказании” требует от юриста множество усилий социального наблюдателя. Для того, чтобы дать качественный прогноз, необходимо взять во внимание как тенденции в практике, так и конкретные дела, а в более общем плане и политические интересы, относящиеся к одному или другому разрешению. Первоначальный замысел Холмса, согласно которому прошлые действия судов дали бы нам относительную стабильность в наших ожиданиях, будет надежным для некоторых более статичных сфер и неприменимым по отношению к другим. В последнем случае, там, где разлом старого и нового в социальных отношениях ведет к динамике в приложении права и в правотворчестве, юристы вновь нуждаются в инструментариуме доктрины как источника аргументации о различных альтернативах, а “предсказание того, что сделает суд” следует — ввиду фактической непредвидимости, заменить “убеждением суда” сделать то, что сторона захотела от него.

Поцелуев Евгений Леонидович

заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Ивановского государственного университета, руководитель НОЦ «Межвузовский научно-исследовательский и образовательный Центр изучения немецкого права», кандидат исторических наук

Есть ли в мире правовые государства?**Введение**

Современные (постсоветские) теоретики государства и права дают различные, в том числе полярные ответы на вопрос, вынесенный в название статьи: от утвердительного до отрицательного. Проблема имеет не только доктринальное значение, но и практическое. Во-первых, важно понимать что такое государство, какими признаками и принципами оно обладает и если правящий класс и общество хотят его построить, то они должны и в правотворчестве, интерпретации норм права и при реализации, в том числе применении норм права исходить из принятой, доминирующей теоретической модели и учредительных юридических норм и общих (общеправовых) принципов права. Во-вторых, если в мире уже существует хотя бы одно правовое государство или ряд государств по десяти балльной шкале имеют индекс более девяти, то есть максимально близки этому феномену, то надо изучать это явление и заимствовать позитивный опыт такого государственно-правового строительства.

В 2005 г. Р. А. Ромашов, М. В. Сальников и А. Г. Тищенко констатируют, что в современной отечественной юридической науке не существует единого определения правового государства, «при этом, как правило, предпринимаются попытки взять за основу его анализа инструментальный либо формально-юридические методы»¹.

Инструментальный метод позволяет рассматривать правовое государство в качестве инструмента, используемого для «обеспечения и защиты свободы, чести и достоинства личности, борьбы с бюрократией, местничеством и ведомственностью» (В. П. Сальников); «достижения и реализации права, созданного человеком» (О. В. Макаров); «сохранения общества при помощи права» (Л. Б. Тиунова) и т. п. Р. А. Ромашов и его коллеги отмечают, что «в рамках названных определений предпочтение отдается целевому либо функциональному аспекту право-

¹ Ромашов Р. А., Сальников М. В., Тищенко А. Г. Правовое государство // Теория государства и права: учебник / под ред. д-ра юрид. наук, проф., засл. деятеля науки РФ Р. А. Ромашова. СПб., 2005. С. 163.

вого государства», авторы «говорят о том, какие целевые установки посредством государства — инструмента — можно реализовать»¹. Отметим, что, во-первых, определять неизвестное через неизвестное — неверно, это тавтология (инструментальный подход — инструмент...). Во-вторых, если О. В. Макаров и Л. Б. Тиунова дают такие определения интересующего нас феномена, то их нельзя назвать удачными. С позиций юридического позитивизма (в том и числе и нормативизма), социологической теории права, психологической школы права и других, право есть в любом государстве и оно создано человеком (монархом, парламентом, судом; или даже обычным человеком, его пониманием права и соответствующим поведением согласно психологической теории права Л. И. Петражицкого) и в любом государственно-организованном обществе часть юридических норм осуществляется. Сохранять социум с помощью норм права (легализация моногамного или полигамного брака, материнский капитал, поддержка малоимущих слоев населения, инвалидов, многодетных семей, сирот и детей, оставшихся без попечения родителей; пенсионное обеспечение) можно и в государстве, которое не является правовым и в гораздо большей степени подходит под определение — социальное государство.

«Сторонники формально-юридического метода берут за основу принцип приоритета права по отношению к государству. При этом, как правило, в качестве идейно-теоретической основы используется теория естественного права, в соответствии с которой государство возникает с единственной целью защиты естественных прав членов общества и этой же целью ограничено». Р. А. Ромашов, М. В. Сальников и А. Г. Тищенко видят недостаток такого подхода в его абстрактном, декларативном характере. «Непонятно, каким образом на практике можно обеспечить «правовое господство» и кто в данном случае будет выступать в качестве «господствующего субъекта»?», — задают они эти вопросы².

По нашему мнению, во-первых, формально-юридическим гораздо корректнее называть легизм, юридический позитивизм Дж. Остина, нормативизм, чистое учение о праве Г.(Х.) Кельзена и т.п., чем юснатурализм с его требованиями к содержанию права. Во-вторых, «правовое господство» можно и нужно обеспечить с помощью стимулирующих и поощрительных норм права и применяя все меры государственно-правового принуждения: превенции, пресечения, ретроспективной юридической ответственности (на основе принципов справедливости, гуманизма, равенства перед законом и судом, оперативности и неотвратимости и т.п.) и праввосстановительных мер. В-третьих, «господ-

¹ Ромашов Р. А., Сальников М. В., Тищенко А. Г. Указ. соч. С. 163.

² Там же. С. 163–164.

ствующим субъектом» на референдуме будет многонациональный народ РФ, а точнее граждане страны, достигшие определенного возраста и в отношении которых приговор суда не вступил в законную силу; они же во время выборов в органы государственной власти; высшие органы государственной власти России: каждый — в своей компетенции.

Этапистский (формально-юридический), оптимистичный утвердительный ответ

Существует формальный (на мой взгляд, его корректнее называть формально-юридическим) подход к понятию правового государства. В нем «законы осуществляются по единообразному предусмотренному порядку, предначертанному в писаной Конституции, при котором все ветви государственной власти, особенно исполнительная власть и правосудие, осуществляются только согласно букве (а не духу) закона. Такое правовое государство характеризуется игнорированием существенных, содержательных признаков государства и права, в частности, общечеловеческих ценностей, прав и свобод, мировых общепринятых стандартов. Например, фашистские юристы на основании того, что в нацистском государстве тоже господствовал закон (но не правовой), провозглашали фашистский рейх «правовым государством»¹.

Австро-американский теоретик права, философ права, конституционалист, специалист по международному праву (сторонник его приоритета перед внутригосударственным), противник национал-социализма Ганс (Ханс) Кельзен (1881–1973) любое государство считал правовым, так как оно оформлено правом².

С точки зрения Кельзена государство «может рассматриваться исключительно с юридических позиций. Оно может рассматриваться как юридическое лицо, «правовой феномен», как своеобразная корпорация. От других корпораций государство отличается при этом «лишь установленным в масштабе нации или страны правовым порядком». (...) При рассмотрении государства как юридического феномена предполагается, что «отношения *между ним и правом* должны рассматриваться по аналогии между правом и индивидуумом». Это означает, по мнению Кельзена, что государство, несмотря на то, что оно издает или санкционирует право, должно быть, как и индивид, «в своем поведении и действиях связано правом». Эти мысли ученый изложил

¹ Воронина Е. В. Право как основа формирования правового государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2005. С. 11.

² См.: Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 148.

в книге «Общая теория права и государства», изданной в Нью-Йорке в 1961 г.¹

Доктор философских наук, профессор З. Ш. Гафуров пишет о глубококом кризисе правового государства в первой половине XX в., который «проявился прежде всего в неспособности такого государства предотвратить возникновение двух мировых войн..., развитие национально-освободительных движений, восстаний народов колоний и последующий распад колониальных империй (...), народно-демократические и социалистические революции... Короче, правовое государство оказалось во многом бессильным сохранить благоприятные внешние условия своего собственного существования»². По его мнению, правовое государство стало сокращаться «с началом осуществления лейбористскими и социал-демократическими правительствами социальных реформ». В результате вышеназванные проявления и стали в своей совокупности «главной причиной появления на свет социально-правового государства»³.

В конце статьи З. Ш. Гафуров пишет о «циклическом характере развития социально-правового государства, в ходе которого берет поочередно берет верх один из этих принципов, ослабляя, но не подавляя полностью другой. В этой закономерности и состоит смысл и суть исторического движения современной западной социально-правовой государственности»⁴.

Из приведенного выше фрагмента можно сделать очевидные выводы. Первый: Англия, Франция, Германия, Испания, Португалия и другие колониальные державы, а также участники Первой мировой войны и Второй мировой войны, а, следовательно, Италия, Австро-Венгрия, Российская империя, США, Япония, СССР и многие другие страны были правовыми государствами. В Первой мировой войне участвовало 38 из 59 независимых на тот момент времени государств⁵. Следовательно, уже к 1914 г., по мнению З. Ш. Гафурова уже

¹ См.: *Марченко М. Н.* Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование): учеб. пособие. М., 2017. С. 118, 119.

² *Гафуров З. Ш.* Социально-правовое государство: причины возникновения, объективные основы, противоречивая сущность // Государство и право. 2009. № 4. С. 5.

³ *Гафуров З. Ш.* Социально-правовое государство: причины возникновения, объективные основы, противоречивая сущность // Государство и право. 2009. № 4. С. 5.

⁴ Там же. С. 14.

⁵ РИА-Новости /https://ria.ru/20190628/1555928824.html#:~:text=%C2%A9%20%D0%A0%D0%98%D0%90%20%D0%9D%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8-,%D0%9F%D0%B5%D1%80%D0%B2%D0%B0%D1%8F%20%D0%BC%D0%B8%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%8F%20%D0%B2%D0%BE%D0%B9%D0%BD%D0%B0%20(1914%2D1918)%20%E2%80%93%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B2%D1%8B%D0%B9%20%D0%B2%D0%BE%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B

существовало, как минимум, более трех десятков правовых государств. Второй: все современные западные страны — это социально-правовые и правовые государства с элементами социального государства, т.е. — гибриды.

Доктор юридических наук, профессор, профессор Саратовской государственной академии права (СГАП), специалист в области общей теории государства и права М. И. Байтин (1921—2009) полагает, что «в обыденном сознании в качестве правового принято воспринимать государство, власть которого основана на праве, им ограничивается и через него реализуется». Далее он пишет: «Такое представление, хотя и верно, по сути, еще недостаточно для адекватного понимания феномена правового государства, представляющего собой сложную, многофакторную систему»¹.

Согласен с негативной оценкой понимания правового государства в формальном смысле как безрезультатным, беспомощным, поскольку в период господства национал-социализма в Германии «закон стал инструментом проявления неограниченной власти определенной тоталитарной партии», бесправие было облечено в оболочку закона².

В мире нет ни одного правового государства:

а) нет и не будет, так как правовое государство — это идеал, виртуальная модель;

б) в настоящее время правовых государств нет, но в будущем (неизвестно когда) будут построены.

В 2003 г. доктор юридических наук, профессор Ф. М. Раянов пишет, что «проблему понятия правового государства рано еще объявлять разрешенной»³. Во-первых, если это так, то у научной общественности нет инструмента для определения какое государство правовое, а какое — нет. Это признает и Ф. М. Раянов: «Не зная общечеловеческих представлений о правовом государстве, невозможно оценить и конкретное государство с точки зрения его параметров правового

A%D0%BE%D0%BD%D1%84%D0%BB%D0%B8%D0%BA%D1%82,%2F3%20%D0%BD%D0%B0%D1%81%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%8F%20%D0%B7%D0%B5%D0%BC%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D0%BE%20%D1%88%D0%B0%D1%80%D0%B0) (режим доступа 02.08.2021).

¹ Байтин М. И. Правовое государство: понятие, принципы, формирование // Байтин М. И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 47.

² См.: Воронина Е. В. Право как основа формирования правового государства. С. 11. См. также: Поцелуев Е. Л. «Правовая» система Германии в 1933—1945 годах // Государство. Право. Война (к 75-летию Победы советского народа в Великой Отечественной войне) [Электронный ресурс] в 2 ч. Ч. 1: материалы международной научной конференции. С.-Петербург. 28—29 апр. 2020 г. / под ред Н. С. Нижник; сост. Н. С. Нижник, С. А. Никифорова. СПб., 2020. С. 557—573.

³ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (Юриспруденции) учеб. курс. М., 2003. С. 125.

государства»¹. Во-вторых, полного единства во взглядах, единомыслия на государственно-правовые феномены в условиях демократии, принадлежности исследователей к разным странам, правовым семьям и цивилизациям в настоящее время и на обозримую перспективу не предвидится, но есть доминирующий подход. В-третьих, полагаю, что стоит задача — добиться согласия не человечества, а хотя бы референтной группы ученых-юристов о понятии, признаках, основах правового государства, поскольку речь идет о науке, о правовой доктрине, а затем, возможно, закрепит стандарты правового государства в каком-либо международном документе и во внутригосударственном праве — на уровне закона. Есть же в Республике Беларусь и Украине законы о нормативном правовом акте, почему бы не принять закон о правовом государстве?

Ученый называет принципы правового государства: «верховенство в обществе легитимного закона; разделение власти; взаимопроникновение прав человека и гражданина; взаимответственность государства и гражданина; справедливая и эффективная правозащитная деятельность и т.д.»². Верховенство закона (вариация — верховенство правового закона), разделение властей (хорошо бы сюда добавить — система сдержек и противовесов), взаимная ответственность индивида перед государством (это есть во всех государствах) и государства перед индивидом — эти принципы выделяют практически все современные российские теоретики государства и права или, по крайней мере, большинство из них. Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета (ИвГУ), участник Великой Отечественной войны А. А. Максимов еще в 1997 г. первым отличительным признаком правового государства называет «верховенство правового закона (именно правового, дело в том, что сам закон может быть деспотическим, например, законы фашистской Германии, особенно в отношении населения завоеванных территорий)»³.

«Правовое государство — это правовая (справедливая) организация государственной власти в высокоцивилизованном, культурном обществе, нацеленном на идеальное использование государственно-правовых институтов для организации общественной жизни в подлинно народных интересах» — такое определение дает Ф. М. Раянов⁴. В этом же учеб-

¹ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (юриспруденции): учеб. курс. М., 2003. С. 127.

² Там же. С. 134.

³ Максимов А. А. Соотношение законодательной и исполнительной власти в правовом государстве: научное издание. Иваново, 1997. С. 97–98.

⁴ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права. С. 133.

ном пособии он пишет: «Вряд ли сегодня (написано в 2003 г. — Е. П.) какое-либо реальное государство уже может «похвастаться» тем, что оно достигло всех параметров справедливого государства. Более того, у тех, кто все же ушел вперед в этом направлении (Германия, США, Англия, Франция) наблюдается какая-то успокоенность за судьбу своего государства, а у тех, кто находится на этапе теоретического осмысления параметров правового государства — неверие в возможность формирования справедливого государства»¹.

В контексте заявленной темы главный вывод из рассуждений Ф. М. Раянова: в мире не было, нет и в обозримом будущем не предвидится, поскольку для этого, в частности, нужно «идеальное использование государственно-правовых институтов»). Возможно, тогда и правовое государство по Раянову — это идеал? В 2013 г. он займет совсем иную позицию. Ф. М. Раянов выделил четыре страны, кто ближе к правовому государству, но. К сожалению, не привел ни одного аргумента в доказательство своего тезиса. Почему именно они, а не Исландия, Дания, Норвегия, Швеция, Швейцария, Канада, Австралия?.. На чем основан вывод об успокоенности также непонятно. Кто успокоен: народ, элиты или все вместе? А какие основания для беспокойства должны были, к примеру, у ФРГ в самом начале этого века? Вопрос также остается без ответа...

Сам являюсь приверженцем принципов общих (общеправовых) юридического равенства, гуманизма и справедливости, но справедливость со времен Аристотеля понимается в двух аспектах: уравнивающей и распределяющей, но ест сомнения, что этот принцип нужно делать синонимом правового государства. Думаю, что это вносит дополнительную неясность, неопределенность в параметры правового государства, поскольку были² и есть влиятельные противники этого принципа. Вряд ли корректно употреблять термин цивилизованные и его производные (высокоцивилизованные) к государствам, обществам, народам, так в духе цивилизационного подхода Тойнби и других все народы, социумы и т.п. цивилизованные. Выражение «подлинно народные интересы» также вызывает сомнения: кто будет определять и каким образом — это подлинные или неподлинные (мнимые, ненастоящие) интересы? Вариантов немного: первый — сам народ на референдуме, второй — высшие органы власти — прежде всего парламент при принятии законов.

¹ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права. С. 126.

² См., напр.: Кельзен Г. Что есть справедливость? // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 339–374; Кельзен Г. Проблема справедливости // Там же. С. 375–496.

И где гарантия, что в условиях информационного общества, при легальном или теневом лоббизме будут приниматься решения, соответствующие подлинно народным интересам? Конкретный пример: выход Великобритании из Европейского Союза соответствует подлинно народным интересам или нет? Интересам молодежи, предпринимателей, банкиров, финансовых структур — точнее нет, а, видимо, несколько большей части населения — да. Но это в масштабах страны, а, к примеру, в Шотландии большинство населения против брексита (Brexit)... Вывод: по моему мнению, это не самое удачное определение правового государства. Ф. М. Раянов выделил четыре этапа формирования правового государства: в свете заявленной темы нам интересны третий и четвертый. Предпоследний «этап характеризуется тем, что само общество, государство которого закрепило основные принципы правового государства, созрело для восприятия этих принципов в фактической жизни и готово создать необходимые условия для проживания идеи правового государства дальше в реальной жизни... на четвертом этапе, когда государство образующее общество становится правовым, становится время для реального функционирования правового государства»¹. В Российской Федерации есть 11 преград на пути к правовому государству и для этого, в частности: «Необходимо юридически закрепить и реально придерживаться примата общечеловеческих ценностей в обществе над национальными, внутригосударственными... До сих пор наш патриотизм нередко рассматривался выше общечеловеческих ценностей»². Во-первых, автор не дает перечень этих общечеловеческих ценностей, да и существуют ли они. Может быть, сам патриотизм — это универсальная ценность? Во-вторых, еще до внесения поправок в Конституцию РФ приоритет общепризнанных норм и принципов международного права перестал быть абсолютным приоритетом по отношению к положениям Конституции нашей страны. Насколько я понимаю, поправки усилили роль национальных (общероссийских) ценностей, традиционных ценностей. Общепризнанные нормы — это нормы *jus cogens* (императивные нормы) и, как минимум, семь принципов из Устава ООН. Положения этого учредительного договора считаются обязательными не только для государств — членов этой универсальной международной организации, а для всех государств. Здесь для специалистов по международному праву есть определенная ясность. Государство ратифицировало международный договор, необходимое количество ратификационных грамот депозитарию поступило и через время, указанное в самом договоре, он становится действующим и обязательным для стран — участников. С общечеловеческими ценностями

¹ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права. С. 149.

² Там же. С. 150.

такой ясности нет и, к примеру, в отношении свободы слова (карикатуры на Пророка) нет и не будет. Отношение к жизни (смертная казнь), телесная неприкосновенность (членовредительные и телесные наказания), легализация однополых браков и т.п. — отношение к высшей мере наказания разное даже в разных штатах США, разное у государства и большинства населения в современной России (все соцопросы стабильно показывают, что большинство россиян за восстановление смертной казни), еще больше разница в ценностных ориентирах светских и теократических государств, что отражается, например, в наказаниях в мусульманском уголовном праве, которые порой прямо соответствуют сурам Корана. Да, и в светских государствах церковь осуждает легализацию однополых браков, эвтаназию и т.п., прямо называет это предательством христианской цивилизации и соответственно христианских ценностей. Да и православные ученые-юристы публично выступают против разрушения традиционного понимания семьи. Об этом, например, на одной из научных конференций в Санкт-Петербургском университете говорил кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского процесса Санкт-Петербургского государственного университета А. А. Ференс-Сороцкий. В одной из статей он показывает, в частности, отношение Христианской церкви к гомосексуальному союзу и перемене пола¹. Доктор юридических наук, профессор, известный конституционалист и теоретик права В. И. Крусс соматические права² (суицид, эвтаназия, невынужденный аборт, проституция, гомосексуальные практики, употребление наркотиков) называет злоупотребление правом³. Таким образом, есть сомнения в практической пользе предложения Р. Ф. Раянова о примате общечеловеческих ценностей.

В 2012 г. в предисловии к своей монографии «Правовое государство и современный мир» Ф. М. Раянов так оценивает ситуацию в интере-

¹ См.: *Ференс-Сороцкий А. А.* Проблемы брачного права в Православной Церкви // *Известия вузов. Правоведение.* 1917. № 1. С. 94–117.

² См., напр.: *Поцелуев Е. Л., Данилова Е. С.* Соматические права человека: понятие, признаки, сущность // *Актуальные проблемы юридической науки и практики: Гатчинские чтения — 2017: в 2-х т.: сб. науч. трудов по материалам Междунар. науч.-практ. конф. (г. Гатчина, 31 марта 2017 г.).* Гатчина, 2017. Т. 1. С. 79–83; *Поцелуев Е. Л., Данилова Е. С.* Новое поколение прав человека в современном государстве: понятие, признаки, виды // *Идеи и принципы Всеобщей декларации прав человека: состояние и перспективы реализации, национальный и международный опыт: (к 70-летию принятия Всеобщей декларации прав человека и 25-й годовщине принятия Конституции Российской Федерации): материалы Всероссийской науч.-практ. конф. Иваново, 13–15 дек. 2018 г. / сост. Н. В. Исаева.* Иваново, 2018. С. 36–45.

³ См.: *Крусс В. И.* Злоупотребление правом: учеб. пособие. М.: Норма, 2010. С. 91–92. *Поцелуев Е. Л.* [Рец.] *Крусс В. И.* Злоупотребление правом: учеб. пособие. М.: Норма, 2010. 176 с. // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2011. № 2. С. 240–243.

сующей на сфере: реальный процесс формирования правового государства в нашей стране «вряд ли можно признать удовлетворительным. Восприятие идей и принципов правового государства в России и сегодня находится на очень низком уровне. Реальное сегодняшнее российское государство скорее можно назвать неправовым нежели правовым» и далее также идут весьма критичные, нелестные оценки в адрес государства, общества, научного сообщества, в том числе ученых-юристов¹.

Аналогичные взгляды Ф. М. Раянов высказал и в 2013 г.: только РФ, в отличие от Венгрии, Польши, Румынии, Словакии, Чехии и прибалтийских республик «не захотела или не сумела трансформироваться в настоящее правовое государство и, как бы это сказать помягче, «застряла» в состоянии неопределенности»². Значит, могут быть ненастоящие правовые государства, псевдо правовые государства? Но все-таки ученый пришел к выводу, что «формирование правового государства в современной России — явление вполне реальное. Для этого, в первую очередь, должна быть политическая воля действующей власти»³.

По мнению доктора юридических наук, профессора, профессора МГУ им. М. В. Ломоносова О. Э. Лейста (1925–2003), специалиста по теории государства и права, истории политических и правовых учений заслуживают внимания суждения М. Баймаханова и А. Матюхина, что «правовое государство — это прежде всего философско-правовое понятие, «идеальный тип». Программное положение, которое не может быть полностью (тем более — одноразово) осуществлено, но предполагает длительную, широкомасштабную работу». Далее О. Э. Лейст развивает идею своих учеников: «Правое государство — идея, программа, требующая неустанных, ежедневных систематических усилий для ее осуществления на практике и, добавив, удержания достигнутых результатов. Государство не может стать на 100% правовым по той причине, что ни одно общественное явление не осуществляется с арифметической точностью до конца и без примесей; в любом государстве есть недобросовестный чиновник, нерадивый служащий; неясный текст статьи закона. К тому же государство обещает, но не стремится стать правовым. Тексты основных законов о правовом государстве значительная часть бюрократии не считает для себя обязательными. До ума и сердца носителей

¹ Раянов Ф. М. Правовое государство и современный мир. СПб.: ООО «Юридический Центр-пресс», 2012 // Сайт ЛитРес <https://www.litres.ru/f-ryanov/pravovoe-gosudarstvo-i-sovremennyy-mir-11281841/chitat-onlayn/> (режим доступа 02.08.21).

² Раянов Ф. М. Теоретические и практические проблемы формирования правового государства в России // Правовое государство: теория и практика. 2013. № 2(32). С. 12.

³ Там же. С. 19.

верховой власти не доходят сентенции ученых-юристов о праве как разумной политике власти»...»¹.

Главный для нас вывод из большой цитаты ученого и текста его учеников: правового государства в настоящее время и на 100% правового государства не будет. Ни первый, ни второй выводы не являются для нас убедительными. Конечно, изначально правовое государство — это доктрина, теория, учение и т.п. и таковым оно остается в истории политических и правовых учений и в теории государства и права. Но во многих странах функционирует гражданское общество (в развитых в экономическом плане — развитое гражданское общество, исключение КНР и страны с подобным политическим режимом), есть разделение властей, работает система сдержек и противовесов, есть независимый суд, а как следствие и гарантированность прав и свобод человека и гражданина, другие принципы права, то относиться к правовому государству к только как к понятию, программе, цели, на наш взгляд, уже не вполне корректно. Что касается второго вывода: а) не уверен, что в мини-государствах (Андорра, Ватикан, Монако, Лихтенштейн, Люксембург и т.п.) есть хотя бы один недобросовестный чиновник, нерадивый служащий; б) «неясный текст статьи закона», по нашему мнению, не является основанием для того, чтобы не признавать государство полностью правовым, так как неясность можно прояснить путем аутентичного и легального толкования или путем изменения статьи (одной!) статьи закона; в) поскольку О. Э. Лейст использовал цифру, то логично подойти в данном контексте арифметически: сколько в стране чиновников и какой процент составляет один нерадивый чиновник и в результате округления получим 100%; позволим себе сравнение: если все важные органы человека полностью здоровы, но у него есть небольшой насморк (или немного повышенное давление), то человек здоров или болен? Для нас это вопрос риторический.

О. Э. Лейст все-таки допускает создание правового государства и предупреждает об опасности потери этого статуса: «Уже созданное, провозглашенное и конституционно оформленное правовое государство через несколько лет перестанет быть таковым, если законодательство (постепенно) придет в противоречие с самим собой и с основами конституционного строя, требование законности действий всех государственных органов и должностных лиц (мало-помалу) утратит свою строгость и безусловность, а правосудие будет осуществляться (от случая к случаю) не по закону, а как-то иначе. Для низвержения правового государства не обязателен политический переворот; оно само по себе деградирует, если к процессу сохранения и поддержания права, правопорядка и законности не проявляют

¹ Лейст О. Э. Указ. соч. С. 148.

достаточного и систематического внимания верховная власть, государственные органы охраны законности, средства массовой информации, политические и иные организации и объединения, граждане, права которых нарушены»¹. С учетом заявленной нами темы, самый важный вывод из вышеприведенной цитаты — правовое государство может стать реальностью. Опасения ученого не кажутся нам обоснованными, так как правовое государство возможно лишь при наличии развитого гражданского общества с его независимыми от государства, влиятельными, авторитетными и самоуправляемыми институтами, которые не должны допустить такой ситуации. История показывает, что в сфере государственно-правых явлений происходит эволюция, мы скажем более конкретно прогресс, но с временным откатом назад — регрессом, реакцией, поэтому сценарий ученого все-таки возможен. Заинтересованы ли в правовом государстве мультимиллиардеры, транснациональные корпорации, медиамагнаты, владельцы частных армий (а если эти структуры будут укомплектованы роботами, робототехникой и в огромном количестве) и т.п. — влиятельные акторы на политической сцене? Возможно, здесь есть риски для построения и функционирования правового государства.

Наш коллега по кафедре А. А. Максимов относился к реализации идеи правового государства со сдержанным оптимизмом. Заключение его работы начинается со следующих слов: «Создание в будущем правового государства даст возможность по-новому, более широко подойти и к проблеме прав человека. Это не только права индивидуума, но и права наций и народностей, коллективов, наконец, права меньшинства в случаях решения вопросов волей большинства...»².

В 1995 г. доктор юридических наук, профессор, профессор Саратовской государственной академии права (СГАП), специалист в области общей теории государства и права М. И. Байтин пишет, что в ст. 1 Конституции РФ «правовое государство рассматривается как цель, к которой мы стремимся, с достижением которой связано нынешнее и последующее развитие России». Далее этот ученый указывает, что нужно для успешного формирования такого государства: «во-первых, развитие производства на основе рыночной экономики и формирования цивилизованного гражданского общества; во-вторых, неуклонное осуществление курса демократического развития общества и государства, обеспечение гласности и плюрализма, ибо правовым может быть только демократическое государство; в-третьих, высокий уровень духовного развития общества, общей и правовой культуры, правосознания населения, в первую очередь государствен-

¹ *Лейст О. Э.* Сущность права. С. 150.

² *Максимов А. А.* Указ. соч. С. 96.

ных служащих; в-четвертых, развитие всестороннего международного сотрудничества в целях обеспечения правопорядка, прав и свобод личности»¹.

Наш комментарий. Во-первых, Всемирная торговая организация (ВТО) уже достаточно давно признала РФ страной с рыночной экономикой. Во-вторых, какой режим в нашей стране: демократический или авторитарный — ответ отечественной правящей элиты, с одной стороны, и оппозиции, тем более внесистемной оппозиции и коллективного Запада, с другой стороны, будет различным. В демократическом государстве выборы всеобщие, равные, прямые (оптимальный вариант) с тайной подачей голосов и что важно результаты не фальсифицированы. В прежние годы лидеры оппозиционных партий Г. А. Зюганов, В. В. Жириновский, Б. Е. Немцов, И. М. Хамакада публично выражали сомнения в честности подсчета голосов и результатов выборов в Государственную Думу Федерального Собрания РФ и обращались в судебные инстанции, в том числе Верховный Суд РФ. Последний признавал отдельные нарушения, но утверждал, что они не повлияли на конечный результат. В Северной Европе, Великобритании, ФРГ, Франции, Швейцарии, Бельгии и многих других странах Европы насколько нам известно, за последние годы ни разу не возникали сомнения в честности проведения президентских или парламентских выборов и проигравший первым поздравлял победителя, причем порой даже до объявления официальных результатов. В-третьих, уровень духовного развития, на наш взгляд, сложно, если вообще возможно, измерить, а вот об уровне правосознания и правовой культуры мы можем судить, например, по масштабам правонарушений, в том числе преступлений; логичнее в цепочке правосознание — правовая культура на первое место по понятным причинам поставить правосознание, если исходить из того, что правовая культура — это реализованное правосознание; по крайней мере, правосознание первично: какое правосознание, такая и правовая культура. Согласно с важность правосознания и правовой культуры госслужащих, ибо они применяют право. В-четвертых, в условиях глобализации, большей мобильности индивидов, наличия транснациональной преступности, конечно, важно международное сотрудничество в различных сферах.

В 1995 г. М. И. Байтин пишет, что «в результате разработки в последние годы российскими учеными теории правового государства сложился в общих чертах его идеальный образ. Поэтому теперь *на первый план* все более выдвигается задача тесного соединения теоретических представлений о том, каким должно быть правовое государство с практической повседневной конкретной деятельностью государ-

¹ Байтин М. И. Правовое государство: понятие, принципы, формирование // Байтин М. И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 57–58.

ственных органов и муниципальных учреждений, общественных объединений, должностных лиц и граждан по его реальному созданию. К сожалению, еще многие полагают, что сначала надо создать условия для самого существования правового государства, потом построить его и только после этого начать осуществлять его принципы. В действительности же дело обстоит иначе.

Обеспечивая экономические, политические, духовные, правовые и международные условия существования правового государства необходимо одновременно с этим, не откладывая на будущее уже сейчас практически осуществлять, возможно шире и глубже внедрять в повседневную жизнь основные принципы правового государства, тем самым формирую, создавая его. Иного пути просто нет. *По своему содержанию формирование правового государства есть процесс осуществления и утверждения его принципов»¹.*

Главный вывод с учетом избранной нами темы: в 1995 г. в РФ правового государства нет, но его строительство — это не отдаленная перспектива, а реальная практическая задача уже середины 90-х годов двадцатого столетия. Ученый прав: думать, что можно в начале создать правовое государство, а потом реализовывать его принципы — неверный подход, на наш взгляд, нонсенс, так именно принципы и дают главную характеристику тому или государственно-правовому явлению. Основы правового государства были заложены в нашей стране после распада СССР: многоукладная экономика с плюрализмом форм собственности, включая частную; идеологический плюрализм и соответственно многопартийность; а как следствие конкуренция в экономической и политической и других сферах. Другое дело, что в условиях вооруженного конфликта («восстановление конституционного порядка в Чеченской республике»), массового правового нигилизма, неуставных отношений в вооруженных силах, высокого уровня преступности и других негативных явлений формирование правового государства процесс архимедленный, трудный, сложный и т.п.

Как пишет М. Н. Марченко: «...отечественные авторы в большинстве своем, рассматривая постсоветское государство с демократических позиций, не без основания исходят из того, что правовое государство и гражданское общество — это *не свершившийся факт*, это не настоящее, а *возможное будущее*»². Для нас это авторитетная оценка, хотя бы потому что М. Н. Марченко изучил много учебной и научной литературы по интересующей нас проблеме и его вывод обоснованный. Данная цитата взята из его книги, подписанной в печать в 2016 г. и опубликованный в 2017 г. Итак, в это время большинство

¹ Байтин М. И. Указ. соч. С. 58.

² Марченко М. Н. Указ. соч. С. 4.

российских ученых не считало РФ правовым государством, но полага-ли, видимо, как и сам М. Н. Марченко, что оно может быть поострено в нашей стране.

Для идентификации М. Н. Марченко выбрал, на наш взгляд, правильный путь: называет признак, черту правового государства и показывает наличие она или нет.

Первой особенностью правового государства М. Н. Марченко называет *верховенство закона (права), как закона*, исходящего от высшего органа государственной власти и обладающей высшей юридической силой. Закон должен иметь *реальное господство* во всех сферах жизни общества, прямого воздействия на общественные отношения. Готов поддержать такую позицию, но с оговорками: а) закон должен исходить не от любой государственной власти, а от парламента или граждан данной страны; б) такой закон должен быть правовым. М. Н. Марченко также добавляет, что подзаконные, ведомственные акты не доминировали в количественном и качественном отношении в общей системе нормативных правовых актов и не искажали сути самих законов. Последнее утверждение бесспорно. Думаю, что задача добиться количественного превосходства законов над подзаконными актами является нереалистичной, так как на федеральном уровне есть президент, правительство, довольно много министерств и служб, когда в каждом субъекте федерации есть глава, правительства; есть муниципальное и локальное нормотворчество.

М. Н. Марченко делает довольно категоричный вывод: «В России и других странах, ставящих своей целью формирование правового государства, удельный вес подзаконных актов, ведомственных актов вполне можно и нужно изменить. В противном случае призывы и установки о создании правового государства неизбежно останутся нереализованными»¹. Во-первых, получается, что правовые государств пока нет и в обозримом будущем не предвидится. Во всех демократических государства есть органы местного самоуправления и они занимаются правотворчеством — принятие подзаконных актов. Демократия предполагает децентрализацию, что, частности, выражается в локальном нормотворчестве, а все локальные акты — подзаконные. Наверное, удельный вес подзаконных актов можно уменьшить, но чтобы законы преобладали в количественном плане — это явно нереалистично и на дальнюю перспективу, разве, что цифровизация приведет к максимально возможной универсализации норм права и к сокращению всех нормативных правовых актов.

Далее М. Н. Марченко называет сразу две черты и особенности правового государства: *полная гарантированность и неизблемость в нем*

¹ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 129.

прав и свобод граждан, а также установление и поддержание *взаимной ответственности гражданина и государства*. По его мнению, права и свободы граждан РФ в определенной мере гарантированы политически, юридически и отчасти экономически, но в отношении всех, а «в основном власть имущих и сверхобеспеченных людей. Вместе с тем определенные гарантии сохраняются и в отношении прав и свобод остальных, рядовых граждан». Ученый полагает, что гарантии права на труд, на отдых, на получение образование, медицинское обслуживание, пользование достижениями культуры и др. *в некоторой мере* гарантируется для всех граждан в современной России. М. Н. Марченко аргументирует свою позицию: «...в силу экономических и социальных причин, роста цен и инфляции, усиления бюрократизма и коррупции в управленческом аппарате гарантии прав и свобод граждан в значительной мере ослабляются. Как и раньше (в советский период. — Е. П.), так и теперь рядовой гражданин нередко вынужден выступать в роли ходока по «коридорам власти» и быть просителем даже в тех случаях, когда речь идет об удовлетворении его законных прав и интересов.

...во многих средствах массовой информации, научной и популярной литературе и даже иногда в официальных документах обращается особое внимание именно на эти уродливые явления общественной жизни, сопровождающиеся нередко диктатом, административным произволом в экономике, социальной и духовной сферах, казенным равнодушием к правам и нуждам людей, пренебрежительным отношением к общественному мнению»¹. Наверное, все так и есть, но выглядит голословно.

«Разумеется, при таком положении дела, когда у государства в лице его различных органов и множества чиновников преобладающими являются привилегии и права, а у рядовых граждан — преимущественно обязанности, не может быть и речи о реализации принципа взаимной ответственности государства и гражданина», — к такому неутешительному выводу приходит М. Н. Марченко².

В 2010 г. В. И. Крусс пишет о злоупотреблениях судебной властью в Российской Федерации и приводит ряд примеров: «Судебная практика знает случаи, когда, например, излишне уплаченная государственная пошлина возвращается спустя годы после ее уплаты в номинальном размере без учета инфляции или следствием судебной волокиты по гражданскому делу оказывается неплатежеспособность, коммерческое разорение хозяйствующего субъекта». Ученый считает, что российские суды не готовы «к противодействию государству, не-

¹ Марченко М. Н. Указ. соч.. С. 130.

² Там же.

надлежащим образом исполняющим свои конституционные обязанности по отношению к человеку и даже прямо не исполняющему свои конкретные гражданско-правовые обязательства (например, обязательства из ценных бумаг). Судебные споры такого рода оказываются часто бесперспективными для граждан, добивающихся погашения долга Российской Федерации или государственного долга субъектов РФ. В таких делах судьи исходят из приоритета бюджетного законодательства над гражданским законодательством даже в тех случаях, когда Россия выступает в качестве равноправного субъекта гражданских правоотношений. Для конституционного (в широком смысле) правосудия этот аргумент трудно признать убедительным¹.

Во-первых, как известно, гарантом законности выступает в конечном счете суд, но независимый и беспристрастный, без этого правовое государство невозможно, так как без такого института сложно или невозможно восстановить нарушенные права, свободы и законные интересы физических и юридических лиц; справедливо разрешить юридический конфликт; нет реального разделения властей и суд не выполняет и роль элемента системы и сдержек и противовесов.

О важности независимого суда и судей для реализации конституционной модели правового государства в нашей стране еще в 1999 г. писал доктор юридических наук, профессор, на тот момент времени член-корреспондент РАН В. С. Нерсесянц: «Многое здесь в конечном счете будет зависеть от уровня правовой культуры и государственно-правового сознания наших судей, их ответственности за судьбы правопорядка в стране, их активной и последовательной позиции в утверждении начал права, правовой законности и правосудия во всех сферах общественной и государственной жизни, включая, разумеется, и сферу судебной власти. Никто эту правоутверждающую и правозащитную работу вместо суда и без суда не сделал и сделать не сможет. Отсюда и его незаменимая роль и решающее значение для всей реальной правовой жизни, прав и свобод человека, гражданского общества и правового государства»².

Согласен с ученым, но также имеет значение, кто принимает экзамены у кандидатов в судьи, кто принимает решение какому из кандидатов на конкретную судейскую должность (при конкуренции) отдать преимущество, кто проверяет таких кандидатов на связь с криминалом и т.п., кто отвечает за подготовку «финального» решения о назначении конкретного юриста на конкретную судейскую долж-

¹ Крусс В. И. Указ. соч. С. 136–137.

² Нерсесянц В. С. Конституционная модель правового государства в России // Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 694.

ность и кто несет юридическую ответственность за ошибки в решении этих и подобных кадровых вопросов. Имеем виду, если судья (или министр или глава субъекта РФ и т.п.) совершил преступление, то кто понес и какое наказание, как правило, никогда неизвестно, что явно неправильно.

Во-вторых, на мой взгляд, нужно говорить не просто об ответственности государства перед индивидом, как это делают все или практически все авторы, когда пишут об этом принципе правового государства, а о юридической ответственности государства¹, причем внутригосударственной, так и международной (речь о судах международных региональных организаций).

В-третьих, не все так плохо в отношениях индивида и государства: есть Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) Совета Европы в г. Страсбург и физическое лицо может, исчерпав внутригосударственные судебные возможности, пожаловаться на нарушение его прав, предусмотренных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. на территории любого из 47 государств — члена этой международной региональной организации². Количество жалоб против РФ, должным образом поданных в ЕСПЧ и зарегистрированных для последующего принятия решения об их приемлемости, снизилось в 2020 г. почти на 30% по сравнению с 2019 г. В 2019 г. таких жалоб было 12782, а в 2020 г. — 8932. По количеству зарегистрированных жалоб первое место в 2020 г. заняла Турция (9104 жалобы), а с учетом численности населения в лидерах Черногория, Сербия, Босния и Герцеговина, Латвия и Румыния. По количеству ожидающих рассмотрения дел Россия остается на первом месте (13645 дел), следом идут Турция (11750), Украина (10408), Румыния (7561) и Италия (3469)³. Полагаем, что это определенный индикатор, хотя и не абсолютно безупречный, нарушения прав и свобод человека, закрепленных в Конвенции Совета Европы от 4 ноября 1950 г., и не восстановленных судебной системой вышеуказанных государств. Если петиция (жалоба) обоснована, то есть шансы выиграть дело и получить финансовую компенсацию. Правда, нужно все-таки помнить что ЕСПЧ и все подобные органы — это субсидиарные судебные

¹ См., напр.: *Поцелуев Е. Л.* Юридическая ответственность государства // Совершенствование государственного управления в Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы: материалы Всероссийской (национальной) научно-практической конференции: к 26-й годовшине Конституции Российской Федерации, 13–14 декабря 2019 г. / под общ. ред. Н. В. Исаевой. Иваново, 2019. С. 59–66.

² Портал Совета Европы // <https://www.coe.int/ru/web/portal/47-members-states> (режим доступа 30.07.21).

³ Портал правовой информации // http://rapsinews.ru/international_news/20210128/306702743.html (режим доступа 31.07.21).

институты¹. М. Н. Марченко ставит несколько вопросов: «А как обстоит дело с правами и свободами граждан, а также с реализацией принципа взаимной ответственности гражданина перед государством и государства перед гражданином в западных странах? Есть ли реальные и формальные ограничения прав и свобод в этих странах? Всегда ли взаимоотношения государства и гражданина строятся на основе принципа взаимной ответственности сторон?». С концептуальным ответом ученого мы согласны: «следует избегать двух крайностей: представления о западной государственно-правовой жизни только в негативных тонах или же, наоборот, рассмотрения ее исключительно в позитивных, идеализированных тонах». Он полагает, что «как правило, истина находится посередине»². Ученый утверждает, что «в литературе последних лет наблюдается ничем не оправданная идеализация состояния прав и свобод на Западе»³. К сожалению, здесь не указаны такие авторы и их публикации. М. Н. Марченко пишет: «В отношении «государство — гражданин» первое в подавляющем большинстве случаев доминирует над вторым. Здесь нет равного партнерства на практике, как это иногда утверждается в академической литературе или прессе. А, следовательно, нет и равной ответственности их друг перед другом»⁴.

Как известно, среди признаков государства (а они сохраняются и в правовом государстве) — это публичная власть, суверенитет (а его внутренний аспект — верховенство государства на своей территории по отношению к другим субъекта), наличие государственного аппарата управления и принуждения; государство имеет прав на легальное насилие, на государственно-правовое принуждение, в том числе привлечь индивида к различным видам ретроспективной юридической ответственности, поэтому есть сомнения в том, что в правовом государстве возможен паритет государства и гражданина. М. Н. Марченко

¹ См., напр.: *Поцелуев Е. Л.* Действие Европейской конвенции о правах человека во времени, в пространстве и по кругу лиц // *Права человека на рубеже веков: российское и международное право (К 50-летию Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод): межвуз. сб. науч. тр. / под ред. Е. Л. Поцелуева. Иваново, 2000. С. 3–16; Он же.* Европейский Суд по правам человека — субсидиарный инструмент разрешения юридического конфликта // *Единство и многообразие социальных конфликтов / под ред. Н. В. Шербаковой. М. — Ярославль, 2001. С. 120–126; Поцелуев Е. Л., Кузьмина О. В.* Проблемы реализации права индивида на обращение в Европейский суд по правам человека // *Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: проблемы реализации в России: Материалы междунар. семинара (Н. Новгород, 17–18 марта 1999 г.). Т. 1. Н. Новгород, 1999. С. 81–86; и др.*

² *Марченко М. Н.* Указ. соч. С. 131.

³ Там же. С. 131–132.

⁴ Там же. С. 131.

на примере действующей Конституции Италии показывает, что в ней в прямой форме говорится об обязанностях и соответственно об ответственности граждан, но «в ней ничего не говорится в отношении обязанностей и ответственности государства»¹.

Далее М. Н. Марченко на примере ст. 13 и ст. 14 Конституции Швеции 1974 г. иллюстрирует тезис о том, что провозглашаемые права и свободы очень часто (прямо или косвенно) ограничиваются не только в процессе их реализации, но и в процессе их законодательного закрепления и ученый, насколько мы поняли, этого не одобряет². Но свобода и не должна быть безграничной: есть другие ценности — государственная и общественная безопасность, правопорядок, чувства верующих и др. Неслучайно, например, ЕСПЧ, по сути, занимается нередко взвешиванием различных ценностей. Так поступают и суды государств: что важнее, к примеру, свобода слова, художественного творчества или святость (неприкосновенность) частной жизни и ответ американского и немецкого правосудия по одному и тому же делу (книге) диаметрально противоположный. Или свобода творчества включает в себя делать карикатуры на Пророка Мухаммеда и Иисуса Христа или надо уважать чувства верующих? В Дании, Франции приоритет отдают свободе слова и порой это приводит к возмущению мусульман и трагическим последствиям для журналистов, как это случилось с сотрудниками ежедневной парижской газеты «Charlie Hebdo» в 2015 г.

Н. И. Блажич верно отмечает, что правовое государство максимально обеспечивает правовую свободу и далее логично рассуждает следующим образом: «Следовательно, структурообразующим и функциональным принципом государственного механизма может быть только правовой принцип — принцип максимального обеспечения правовой свободы. И если таковым признается принцип разделения властей, то смысл этого принципа — не просто рациональная организация аппарата государственной власти, а такая, которая позволяет надлежащим образом, максимально обеспечить и защитить публичной политической властью свободу индивидов и их объединений»³.

М. Н. Марченко верно пишет, что «важной особенностью правового государства является реализация *принципа разделения властей*». Он утверждает, что в нашей стране постулаты «правовое государство», «разделение властей», «политический плюрализм» и др. «не имеют

¹ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 131.

² Там же. С. 132.

³ Блажич Н. И. Метод разделения властей в правовом м государстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 5.

реального содержания»¹. Соглашусь с со следующей оценкой данного ученого: «...как показывает практический опыт функционирования властей после принятия Конституции России 1993 г., обладая относительной самостоятельностью и сдерживая в своей повседневной деятельности друг друга, *государственные власти далеко не всегда уравнивают друг друга.* (...) В отношениях между ними... неизменно доминирует президентская, а точнее, исполнительная власть»². Далее М. Н. Марченко аргументирует свою позицию: «Во взаимоотношениях с судебной властью это предопределяется прежде всего тем, что президент обладает огромными конституционными возможностями оказывать влияние на кадровый состав судебных органов»³.

«В отношениях с законодательной властью доминирование исполнительной власти во многом предопределяется тем, что президент обладает такими весьма действенными рычагами, как право роспуска Государственной Думы, право назначения выборов в Государственную Думу, право назначения референдумов, право на внесение законопроектов в Думу, подписания и обнародования федеральных законов, президент обладает также правом вето (отлагательного вето. — Е. П.) на принимаемые законы»⁴.

Действительно, полномочий у Президента РФ было много и много осталось и после поправок в действующую Конституцию, поэтому, на наш взгляд, ситуация в этой сфере кардинально не изменилась.

М. Н. Марченко делает неутешительный вывод: принцип (теория) разделения властей применительно к России и другим странам «существует, наряду с правовым государством, скорее формально-юридически, теоретически, нежели практически. И это неслучайно, поскольку правовое государство как явление идеальное, а в практическом плане — виртуальное, не может иных по своей природе и характеру признаков и черт, кроме как виртуальных и идеальных»⁵.

Получается, что не только в настоящее время нет ни одного правового государства, но и в принципе их никогда не будет, поскольку это виртуально-идеальная модель государства. Создается впечатление, что автор непоследователен, поскольку ранее на страницах этой же книги допускал реализацию модели правового государства на практике.

Е. В. Воронина пишет в 2005 г., что залогом динамичного развития России в XXI веке и осуществления принципов правового государства «являются созданные правовые демократические институты,

¹ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 133.

² Там же. С. 177.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 177.

⁵ Там же. С. 179.

сложившаяся структура органов государственной власти Российской Федерации, широкое участие политических партий и общественных объединений в реализации Концепции национальной безопасности РФ»¹. Согласен с тем, что наличие и функционирование правовых демократических институтов: органов государственной власти, органов местного самоуправления, различных общественных объединений, в том числе политических партий — это необходимое условие для создания правового государства, но сводить их деятельность к участию в вышеназванной концепции — это, по нашему мнению, узкий, односторонний, а, возможно, и конъюнктурный подход. Насколько мы понимаем, эта концепция носила временный характер, так как до 2 июля 2021 г. действовала не упомянутая концепция, а Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 2015 г. № 683 «О стратегии национальной безопасности Российской Федерации», а со 2 июля 2021 г. аналогичный указ главы государства № 400 с аналогичным названием².

Е. В. Воронина «одним из наиболее серьезных нарушений принципов правового государства» в 2005 г. в нашей стране считает правовой сепаратизм. Под ним понимается «фаза дезинтеграции, характеризующаяся открытым противостоянием регионов единому правовому пространству; их стремление к полному государственно-правовому обособлению, которое выражается, чаще всего, в несоответствии законодательства субъектов Федерации Конституции РФ и федеральным законам, в неисполнении и несоблюдении федеральных законов, Указов Президента, судебных решений, вынесенных на федеральном уровне, в том числе и решений Конституционного Суда РФ и т.д. Президент РФ В. В. Путин констатировал в начале этого века, что 25% всех законодательных актов субъектов Федерации находились в противоречии с Конституцией России и федеральным законодательством³.

Е. В. Воронина проанализировала конституции 21 республик и выявила следующие особенности⁴:

1. Конституции Бурятии, Карелии, Коми, Саха (Якутии) закрепляют распространение собственного государственного суверенитета на всю их территорию;
2. Конституции Башкортостана и Татарстана закрепляют их статус как суверенных государств, субъектов международного права, т.е., по сути, фиксируют конфедеративный тип связи с РФ;

¹ Воронина Е. В. Указ. соч. С. 25.

² См.: Официальный интернет-портал правовой информации // <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001> (режим доступа 31.07.21)

³ Воронина Е. В. Указ. соч. С. 26.

⁴ Там же.

3. Конституции Дагестана и Тывы содержат нормы, предусматривающие возможность сепаратизма, т.е. права на выход из состава РФ;

4. Конституции Чечни говорит, что «она суверенное, демократическое государство, созданное в результате самоопределения народа (чеченского) и обладающего верховенством права на всей ее территории;

5. Конституции Дагестана, Ингушетии, Саха (Якутии) закрепляют верховенство законодательства республики над федеральным;

6. Конституции Башкортостана, Бурятии, Ингушетии, Калмыкии, Карелии, Коми, Северной Осетии — Алании, Тывы и др. закрепляют право объявления военного положения, принятия решений по вопросам войны и мира, введения чрезвычайного положения на своей территории.

Думаем, что можно сделать следующие выводы по вышеприведенному тексту республиканских конституций. Во-первых, даже в формальном (формально-юридическом) смысле государстве, в котором 25% законодательных актов не соответствуют федеральному законодательству (да прибавим еще несколько % — когда федеральные законы и подзаконные акты не соответствуют Конституции РФ), нельзя назвать правовым. Во-вторых, серьезнейшей угрозой еще не правовому государству, а российскому государству сепаратизм был после распада СССР в декабре 1991 г., в духе знаменитой фразы Б. Н. Ельцина 6 августа 1990 г. в Казани: «Берите столько суверенитета, сколько сможете проглотить», меньше известно ее продолжение: «Но вы находитесь в центре России — и об этом нужно подумать»¹, а также во время вооруженного конфликта в Чечне. Считаем, что острота проблемы на сегодня снята по многим причинам: а) улучшилось экономические, финансовые, социальные показатели российского государства и различных слоев населения во всех субъектах РФ; б) государство показало свою эффективность и во время пандемии; в) Президент РФ имеет право выразить недоверие главе субъекта РФ и назначить и.о. до новых выборов то лицо, которому он доверяет; эта норма неоднократно применялась, это работающее правило; а виновные в совершении преступлений управленцы привлекаются к уголовной ответственности; г) в ряде субъектов Федерации к власти пришли (и придут в будущем) выпускники Сколково, подготовленные к занятию важных должностей при активном участии Администрации Президента РФ и, безусловно, как минимум, лояльные федеральной власти, а, скорее всего преданные идее федерализма; д) созданию федеральных округов и деятельность постоянных представителей Президента РФ; е) постановления Конституционного Суда РФ, что суверенитетом обладает только РФ; з) иностранные государства

¹ См.: <https://yeltsin.ru/news/boris-elcin-berite-stolko-suverineteta-skolko-smozhete-proglotit/> (режим доступа 31.07.21)

не признают республики в составе РФ субъектами международного права и не предоставляют их представителям дипломатических иммунитетов и привилегий, что правильно; ж) Вооруженные Силы РФ и спецслужбы лучше укомплектованы, вооружены, получили боевой опыт, поэтому, если предположить, что будет попытка сецессии, то она обречена на неудачу, как показал опыт Чечни при более слабом государстве и его силовых структурах. Опять же пример Чечни при Дудаеве и Басаеве показал, что международное сообщество не готово признать такие территории субъектом международного права. И последнее: полное и открытое государственно-правовое обособление выражается не столько в декларативных нормах, «мертвом праве», а в реальных попытках сецессии как это делал провинция Квебек в Канаде, Шотландия в Великобритании (оба раза на законных основаниях), Каталония в Испании (незаконно с точки зрения центральных властей страны и действующего законодательства) и т.п. Если бы эти действия увенчались успехом, то результатом было бы появление новых суверенных государств, т.е., используя лексику Е. В. Ворониной, полное и открытое государственно-правовое обособление.

Обоснованную тревогу у Е. В. Ворониной вызывает также антиконституционная законодательная практика субъектов РФ по вопросам обеспечения безопасности; большое число юридических коллизий, несогласованностей, пробелов в действующем законодательстве и проблемы коррупции, «которая в России характеризуется как образ жизни»¹.

На наш взгляд, показателем того, что угроза распада РФ перестала быть реальной свидетельствует тот факт, что после того как Президентом страны стал В. В. Путин многие законодательные органы субъектов РФ приняли лаконичные решения о том, в связи с тем, что цели, указанные в договорах органов федеральной государственной власти с органами государственной власти субъекта достигнуты, считать их утратившими силу. Считаем, что это был шаг от конфедеративных отношений в сторону федерализма, что соответствует форме государственного устройства, закрепленной в Конституции РФ.

Развитые государства и все члены Европейского Союза – правовые государства

В 2013 г. профессор Ф. М. Раянов заявил, что 35–40 наиболее развитых стран мира (развитых в плане государственности, с высоким уровнем качества жизни, в том числе все 27 государств — членов Европейского Союза — это правовые государства. Он пишет, что соответ-

¹ См.: Воронина Е. В. Указ. соч. С. 26–27.

ствии с критериями, принятыми в июне 1993 г. в Копенгагене — члены ЕС и кандидаты в члены ЕС должны соответствовать принципам правового государства¹. Не думаю, что можно назвать правовыми прибалтийские государства, в которых пособники немецко-фашистских захватчиков, коллаборационисты возведены в ранг национальных героев, им оказывают почести со стороны высших лиц государства, они легально устраивают шествия и т.п. Нормы и принципы Устава Нюрнбергского международного военного трибунала, его приговоры не подлежат ревизии; более того они стали основой современного международного уголовного права. Вызывает удивление и недоумение отсутствие негативной реакции на подобные явления со стороны ФРГ (где сделано очень много, чтобы не повторилось возрождение национал-социализма), а также стран антигитлеровской коалиции — Франции, Великобритании и др.

К правовым государствам Ф. М. Раянов относит также страны, в которых конституционная парламентская монархия (кроме Великобритании, Испании, Швеции — на 2013 г. — все члены ЕС; это еще Канада, Австралия, Япония и некоторые другие)².

Правовыми Ф. М. Раянов называет также такие страны, в которых природа государственности основана на принципе «правления права» — США, Мексика, Аргентина, Бразилия и др.³.

У нас есть серьезные сомнения, что эти государства являются правовыми. Может ли быть правовым государством, если оно вмешивается во внутренние дела других государств: войны в Корею и Вьетнаме, помогает свергнуть законного Президента Чили Сальвадора Альенде, под надуманным предлогом вводит войска в Иран, незаконно размещает свои военные подразделения в Сирии, без суда и следствия убивает Бен Ладена, устраивает тайные тюрьмы за пределами своей территории, организует (или помогает организовать) так называемые «цветные революции», использует пытки на базе Гаунтанамо?.. Насколько нам известно, в Бразилии высокий уровень преступности⁴, часть населения живет во фавелах (трущобах) Поэтому

¹ Раянов Ф. М. Теоретические и практические проблемы формирования правового государства в России. С. 11.

² См.: Раянов Ф. М. Теоретические и практические проблемы формирования правового государства в России. С. 11.

³ Там же. С. 11–12.

⁴ К примеру, часть Рио-де-Жанейро контролирует преступный мир, в том числе наркокартели. 6 мая 2021 г. антинаркотический рейд полиции закончился масштабной перестрелкой, в ходе которой погибло 25 человек, в том числе один сотрудник полиции. ООН выразила обеспокоенность в связи с большим количеством жертв и призвала к независимому расследованию // BBC NEWS / Русская служба // <https://www.bbc.com/russian/news-57013404> (режим доступа 02.08.21).

частично криминальное, «полукриминальное», где часть населения живет, видимо, за чертой бедности можно ли назвать правовым? Могут ли люди в правом государстве проживать в трущобах? Это совместимо с их правом на достойное существование? Для нас эти вопросы риторические.

***Наше видение проблемы: правовые государства
в настоящее время уже могут функционировать
как правовые государства***

Во Всемирной торговой организации по данным на 26 июля 2016 г. 164 члена¹, а в нее принимают только государства с рыночной экономикой, т.е. экономическая основа гражданского общества и правового государства налицо в таком большом количестве стран. Все или практически все институты гражданского общества есть и в нашей стране, а в ряде европейских стран есть, по нашему мнению, развитое гражданское общество. Если есть структурные элементы гражданского общества, то, значит, есть условия для строительства правового государства. Если же признать, что, по крайней мере, в отдельных европейских странах есть зрелое гражданское общество, то почему бы в них уже не функционировать правовому государству?

В 1998 г. в Российской Федерации отмечалось 50-летие Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и тогда звучало, что в мире насчитывается немногим менее 100 государств с демократическим режимом. Поскольку тенденция все-таки на демократизацию государств, то таких государств в настоящее время должно быть заметно больше. Но по данным Института Катона (Cato Institute) лишь 96 из 167 стран мира имеют индекс демократии в 2020 г. больше пяти баллов из десяти возможных. Среди лидеров Норвегия — 9,81; Исландия — 9,37; Швеция — 9,26; Новая Зеландия — 9,25; Канада — 9,24; Финляндия — 9,20; Дания — 9,15; Ирландия — 9,05; Австралия — 8,96; Нидерланды — 8,96; Тайвань — 8,94... На последних местах — Туркменистан — 1,72; Чад — 1,55; Сирия — 1,43; Центрально-Африканская Республика — 1,32; Демократическая Республика Конго — 1,13 и Северная Корея — 1,08. РФ на 124 месте с результатом 3,31², что с учетом десятибалльной шкалы признать удовлетворительным невозможно, правда, с оговоркой, если полученные результаты отвечают отечественным реалиям.

Эта организация ежегодно измеряет также состояние свободы на основе широкого спектра прав, охватывающих личную, граждан-

¹ World Trade Organization // https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/orfg6_e.htm (режим доступа 31.07.21).

² World Trade Organization // <https://gtmarket.ru/ratings/democracy-index> (режим доступа 31.07.21)

скую и экономическую свободы. Так индекс личной свободы включает в себя такие критерии как верховенство закона, безопасность, свобода передвижения, свобода религии, свобода ассоциаций, свобода выражения информации, свобода выбора идентичности и личных отношений — все это должно быть и в правовом государстве. Индекс экономической свободы определяется по таким маркерам как масштабы государственного управления, правовая база и защита права собственности, надежность денежной системы, свобода международной торговли, государственное регулирование бизнеса, труда, кредита. Вот первая десятка рейтинга по индексу свободы в 2020 г. следующий: Новая Зеландия — 8,87; Швейцария — 8,82; Гонконг — 8,74; Дания — 8,73; Австралия — 8,68; Канада — 8,64; Ирландия — 8,62; Эстония — 8,54; Германия — 8,52; Швеция — 8,52; Финляндия — 8,49. Некоторое удивление вызывает Эстония в этом почетном списке, но прибалтийские государства во многих вопросах ориентированы на Северную Европу и ФРГ, поэтому высокий показатель данной страны объясним. Россия занимает в этом списке лишь 115 место с результатом 6,31 (сравни с другими постсоветскими государствами: Грузия — 40-я — 7,87 балла, Кыргызстан — 70-й — 7,05; Беларусь — 99-я — 6,67, Украина — 110-я — 6,45, Азербайджан — 116-й — 6,29...). Самые низкие показатели у Судана — 4,01 и Сирии — 3,97 и соответственно 161 и 162 места¹. Первые и последние места ряда стран в этом рейтинге, наверное, закономерные, они корреспондируют с рейтингами, например, по наличию или отсутствию коррупции, условий для предпринимательства, по уровню счастливых людей и др. Но то, что РФ уступает по индексу демократии Грузии, Республике Беларусь, Украине и Кыргызстану вызывает сомнение в точности измерения и определенное недоверие.

Поэтому, когда звучат красивые сравнения правового государства с горизонтом, то задаю коллегам и студентам прозаический вопрос: «Что мешает назвать страны Северной Европы, Австралию, Новую Зеландию, Швейцарию, ФРГ, Бельгию, Нидерланды, Люксембург, Андорру и ряд других стран правовым государством?» и ответа не получаю... После «великого переселения народов» в нашем столетии криминогенная ситуация в Германии, Франции и ряде других стран Европейского Союза ухудшилась, поэтому теперь, возможно, и есть основания не считать их правовыми или таких оснований стало больше.

Правовое государство сохраняет и признаки, присущие не правовому государству, в том числе суверенитет. А вот здесь серьезный вопрос: насколько суверенны демократические государства Европы,

¹ Гуманитарный портал CATO INSTITUTE // <https://gtmarket.ru/ratings/human-freedom-index> (режим доступа 31.07.21).

Канада, Австралия, Новая Зеландия и др.? Де-юре, все эти и другие государства обладают суверенитетом¹, а де-факто (члены НАТО и военного блока АНЗЮС — Австралия, Новая Зеландия и США) в вопросах внешней политики (оборона, санкции против РФ и т.п.) скорее нет, чем да. Но ведь на этом основании (субъективная оценка исследователя) мы же не отказываемся признавать их государствами, заключать с ними международные договоры и др. Может быть, даже если государство не обладает 100% суверенитетом во всех вопросах внутренней и внешней политики, но это не колония, не протекторат, не вассал, оно не оккупировано агрессором или странами военно-политического союза и т.п., то, возможно, такое государство все-таки надо признать правовым.

Заключение

Итак, Г.(Х.) Кельзен подходил к понятию правового государство формально (формально-юридически) и признавал таковым любое государство. З. Ш. Гафуров утверждает, что правовые государства уже были в начале XX в., но не ответили адекватно на вызовы времени (две мировые войны и последующие события) и превратились, по крайней, западные государства в социально-правовые, но в силу цикличности могут стать вновь правовыми с определенной долей социального государства, т.е. правовыми и социальными, но с преобладанием первого.

В современной теории государства и права доминирует все-таки другой подход: правовое государство невозможно без гражданского общества, без ряда признаков и принципов (разделения властей, системы сдержек и противовесов; гарантированности прав и свобод человека и гражданина; ряда других), отсюда вывод, что правовым можно быть государство только с демократическим режимом, а ряд исследователей добавит, что такое государство должно быть и социальным. На этом основании, пожалуй, большая часть специалистов откажут РФ называться правовым государством и назовут соответствующее определение из Конституции РФ — нормой-целью — и мы согласимся с такой оценкой.

Очень популярен тезис, что правовое государство — идеал, одни страны (западноевропейские) ближе к нему, другие — дальше. Во многом разделяю такой взгляд. Так, по нашему мнению, Российская Федерация ближе к нему чем Украина (с восхвалением националистов, дискриминацией русскоязычного населения, обстрелом населенных

¹ См. подроб.: *Поцелуев Е.Л.* Обсуждение (дискурс) суверенитета в российской правовой науке в конце XIX — начале XX вв. // Государство и право. 2016. № 12. С. 54–63.

пунктов и т.п.), Сомали (где значительную часть территории контролируют морские пираты), КНДР (с тоталитарным режимом), Афганистан и Сирия (гражданская война) и т.п. страны.

По нашему мнению, главной преградой на пути построения правового государства является пока еще недостаточный уровень правосознания и правовой культуры, что выражается в массовом правовом нигилизме и массовом характере правонарушений. Для повышения уровня правосознания и правовой культуры, признания ценности права и уважения его, формирования установок на правомерное поведение (еще лучше — на активное правомерное поведение) необходим комплекс мер, но это тема уже другого исследования. Ф. М. Раянов считает, что уже в 2013 г. было 35–40 правовых государств, но мы не готовы согласиться с включением в него целого ряда государств. Список нужно сократить.

Наша версия: правовые государства, возможно, уже существуют, нужен конкретный анализ передовых, прогрессивных демократических государств с развитым гражданским обществом и соотнесение их норм и принципов права, правосознания, правовой культуры, юридической практики (особенно судебной) с признаками и принципами правового государства. А если нет, то должен быть конкретный ответ: почему конкретное государства на сегодняшний день нельзя назвать правовым.

Истина конкретна, поэтому нужны дополнительные страноведческие исследования по лидерам вышеуказанных списков, а кроме того, научные изыскания как реализуются признаки и принципы правового государства в правовой жизни нашей страны, нужен конкретный анализ отечественной юридической практики и выработка практических рекомендаций различным ветвям власти.

Пряхина Татьяна Михайловна

*профессор кафедры государственно-
правовых дисциплин школы права Института
права и управления Московского
городского педагогического университета,
доктор юридических наук*

Устойчивые словоформы – фактор стабильности конституционного развития России

Масштаб задач, стоящих перед Российской Федерацией, требует сосредоточенности интеллектуальных, управленческих усилий, концентрации экономических, политических, технологических, финансовых и т.д. ресурсов на магистральных направлениях обретения образа желаемого будущего, воплощения его в практике государственного бытия. В данном контексте, стабильность конституционного развития рассматривается нами не как самоцель, но как необходимое условие успешного решения тактических задач, позволяющих добиться стратегических целей. Это динамичная стабильность, стабильность эволюционного развития, достаточно успешного в новаторстве и преемственности институтов, структур, функций публичной власти, моделях ее взаимодействия с обществом и гражданином, неизбежности обновления архетипа государственности, сохраняющего в неприкосновенности смысловое ядро российской цивилизации. По мере хода эволюционного процесса как осознанного предпочтительного выбора государства возрастает роль преемственности институтов публичной власти. Процесс социальной эволюции должен сопровождаться совершенствованием вышеобозначенных институтов: государство должно лучше взаимодействовать с обществом, овладевать инструментами оптимизации управленческого процесса. Устойчивые словоформы Основного Закона страны рассматриваются нами как важный фактор поддержания эволюционного типа государственного развития России, обеспечения преемственности властеотношений, воспроизводства практик, имманентно присущих российскому архетипу государственной власти. Эволюционный тип неизбежно сопровождается усложнением любой системы либо структуры. Возможны два основных пути усложнения: ненаследственный и наследственный. Первый — произвольное изменение структуры, отрекающейся от предшествующих институтов, принципов их функционирования и т. д. Второй путь — усложнение за счет «наращивания» некоторых надстроек над старыми институтами, их изменения, модификации.¹ Устойчивые

¹ Голицын Г.А., Петров В.М. Информация. Поведение. Язык. Творчество. Изд. 3-е. М.: ЛЕНАНД, 2017. С. 119–120.

конституционные словоформы стабилизируют субъективизм реформаторства, нейтрализуют ошибочные решения. Они передаются нам в наследство предшествующих поколений и отказаться от них мы не можем, ибо великий русский язык формирует стабильные модели поведения, наполненные вневременными смыслами, скрепляющими «связь времен».

Русский язык — мощная сила, скрепляющая государство российское, озвучивающая духовную жизнь государствообразующего народа, определяющее дыхание России как великой цивилизации, объединяющей мировое пространство, прекрасными, великими, богатыми смыслами.

Язык — исторически сложившаяся система звуковых, словарных и грамматических средств, объективирующих работу мышления и являющихся орудием общения, обмена мыслями и взаимного понимания людей в обществе. Литературный язык — высшая форма общенародного языка.¹ Литературный язык является базой художественного и юридического языка. Образный, эмоциональный, богатый нюансами язык художественной литературы влияет не только на ум, но и на сердце человека, «западает в душу», будоражит совесть, впечатляет человека, воспитывает и меняет его. Выдающиеся литературные произведения растворяются в действительности и, пройдя сквозь чувства человека, сами становятся реальностью, обретая собственное бытие, живут вместе с нами и для нас, помнятся нами и нами любимы. Юридический язык подчеркнут деловой, беспристрастный, однозначный, избегает неопределенности и чувственного восприятия нормоустановлений. Конституция настолько масштабный по своему значению закон, что излагается она особым литературным стилем, о котором талантливо пишет Н. Е. Таева: одним из правил юридической техники является сведение к минимуму эмоционального воздействия закона, с тем, чтобы его нормы воспринимались и исполнялись всеми гражданами единообразно. Вместе с тем, специфика конституционных текстов, позволяющая нам говорить об особой конституционной стилистике, заключается в том, что в них зачастую употребляются термины, которые эмоционально воздействуют на граждан.² В тексте конституции важно соблюсти баланс юридического языка и языка художественной литературы. С одной стороны, нормы конституции должны излагаться юридическим деловым стилем, быть лаконичными, единообразно понимаемыми. С другой стороны, конституция играет особую роль в жизни государства, общества,

¹ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. М.: АСТ, 2020. С. 689.

² Таева Н. Е. Язык и стиль советских конституций // Вестник университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 9. С. 91, 89.

человека. Текст конституции должен быть запоминаем, а здесь без ассоциативной и эмоциональной памяти не обойтись, а, значит, составитель конституции неизбежно обратится к художественному слову. Переплетение стиля литературно-художественного произведения и стиля юридического документа в тексте основного закона можно назвать художественно-юридическим стилем который, не будем забывать об этом, базируется на общепонятном языке. Язык — первооснова самоидентификации народа. Соответственно, важным условием принятия и осознанного соблюдения положений основного закона всеми и каждым представителем народа является архетипизация языка конституции, воспроизводство либо конструирование устойчивых архетипов общественного сознания, одним из проявлений которых являются стабильные словоформы. Общепонятный язык формирует нацию. Для формирования литературного языка нужны определенные условия: наличие письменного языка, языковых норм, фиксация языковых норм, широкий функционал и наличие стилей, ему соответствующих и т. д. Язык художественной литературы культивирует все лучшее, что есть в языке. Одной из особенностей государственного развития России является то, что сам термин «конституция» в его юридическом значении вошел в разговорную речь из литературных источников. При этом в эпоху монархии существовал своеобразный парадокс: тема конституции в различной интерпретации могла «обыгрываться» писателями, но сами конституционные идеи, даже основанные «не на классовых вождениях»,¹ в повседневной жизни признавались крамольными, а их распространители жестко преследовались.² Конституционные идеи, которые пытались воплотить в жизнь декабристы, привели к попытке ниспровергнуть основы государственного устройства. Отметим интересный момент. П. И. Пестель избегал термина «конституция». Он писал о «Русской правде» как о верховной Всероссийской грамоте.³ Н. Муравьев свои конституционные идеи представил в документе, получившем название «Проект Конституции Никиты Муравьева», однако первую редакцию документа автор озаглавил несколько иначе «Предположение для начертания устава положи-

¹ Проект Русской Конституции 1894 г. Предисловие // Проект русской Конституции: (Составленный в России): со статьей С. Степняка. — 2-е изд. — London: publ. [and print] by "The fund of Russian free press", 1895. С. 5.

² *Песиков Ю. В.* Саратовская находка: проект Русской Конституции: Рассказ о том, как жандарм. детективы охотились за документом, изд. в 1894 г.: [Очерк] / Юлий Песиков. — Саратов: Слово, 1993. С. 4—17. 30.

³ *Пестель П. И.* Русская правда. Введение // *Пестель П. И.* Русская правда. Электронный ресурс: [hrono.ru / dokum / 1800 dok / 1825 pravda.php](http://hrono.ru/dokum/1800dok/1825pravda.php). Дата обращения: 21.06.21.

тельного образования, когда Е. И. В. благоудно будет с помощью Всевышнего учредить Славяно-Русскую Империю». В самом проекте понятие «конституция» заменяется сложносоставным термином «конституционный устав России».¹ Подобные интерпретации названия «закона законов» свидетельствуют о том, что термин «конституция» требовал опоры в виде бюрократического «устава», либо художественной «правды», а значит не обладал самодостаточностью, не имел того самостоятельного веса, какой был у него на Западе. Литературные образы конституции того периода были весьма своеобразны. Яркие произведения были созданы М. Е. Салтыковым-Щедриным, А. П. Чеховым. Достаточно вспомнить крылатые фразы из произведений великих писателей М. Е. Салтыкова-Щедрина и А. П. Чехова: «...в России конституционное начало должно быть разлито везде, даже в трактирных заведениях...»; «... затем уже началась так называемая конституция, которую я не стану описывать, потому что, по мнению моему, все проявления, имеющие либеральный характер, как бы преданны они ни были, заключают в себе одно лишь безобразие...»²; «... попытки конституционного свойства ... ограничивались тем, что квартальные настолько усовершенствовали свои манеры, что не всякого прохожего хватили за воротник»³ «... чего-то хотелось: не то конституций, не то севрюжины с хреном ...».⁴ Стилистически-смысловая разнородность текстуального оформления конституционной идеи, умноженная на реалистический романтизм 1917–1918 годов породили яркий, самобытный, неповторимый текст первой Конституции РСФСР 1918 года, узаконившей стилистические особенности текстов всех последующих конституций, который может быть охарактеризован

¹ П. 23 ст. 101 Проекта Конституции Никиты Муравьева // Проект Конституции Никиты Муравьева // Электронный ресурс: VIVOS VOCO: astronnet.ru/VV/LAW/NIKITA_W.HTM. Дата обращения: 20.06.2021 г.

² Салтыков-Щедрин М. Е. Помпадуры и помпадурши // М. Е. Салтыков-Щедрин. Собрание сочинений в 20 томах. М.: Художественная литература, 1969. — Т. 8. — Электронная публикация. — РВБ, 2008–2018. Версия 2.0 от 30 марта 2017 г. С. 16–17 // Электронный ресурс: <http://rvb.ru/saltykov-shchedrin/02comm/0218.htm>. Дата обращения: 20.06.2021.

³ Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города по подлинным документам // М. Е. Салтыков-Щедрин. Собрание сочинений в 20 томах. М.: Художественная литература, 1969. — Т. 8. — Электронная публикация. — РВБ, 2008–2018. Версия 2.0 от 30 марта 2017 г. // rvb.ru/saltykov-shchedrin/02comm/0218.htm.

⁴ Салтыков-Щедрин М. Е. Культурные люди // Собрание сочинений. Т. 12. М.: Изд-во «Художественная литература», 1971. С. 165 (С. 295–334); Чехов А. П. Володя большой и Володя маленький // Чехов А. П. Сочинения: В 18 т. / АН СССР; Ин-т мировой лит. им. А. М. Горького. Т. 8 [Рассказы. Повести], 1892–1894. М.: Наука, 1977. С. 222.

как сплав языка художественного, бюрократического, юридическо-го, плакатного, политического.

В конституционном стиле представлены определенные канонические словоформы, образующие устойчивые понятийные связи. Устойчивые конституционные словоформы обрели особую значимость, став теми маячками, за которые не могут выйти конституционные реформаторы, став той колеей, на которую неизбежно переводится ход государственной машины.

Для анализа онтологии числа А. Ф. Лосевым была разработана теория подвижного покоя, характеризующего соединение в сугубо смысловом пространстве свойств движения и покоя, присущих числу. По отношению к числу подвижный покой проявляется в том, что в любом числе заложен принципиальный (потенциальный) переход к следующему числу и к предыдущему. «Говоря «десять», мы не переходим к «одиннадцати»; но к самому смыслу «десяти» относится то, что за «десятью» следует «одиннадцать» ... хотя десятка и требует перехода к одиннадцати и девяти, все-таки фактически она не переходит, и переход ее остается лишь принципиальным. Сама она фактически покоится на одном и том же смысловом «месте» и никуда не переходит».¹ К. И. Белоусов полагает, что можно обнаружить наличие подвижного покоя и в смысловом пространстве слова в тексте. Слово в речевой цепи не переходит непосредственно в другое слово, но оно подразумевается как этот переход, так и тот, что привел нас именно к этому слову.² Конституционная словоформа предполагает существование устойчивого смыслового движения, выражающегося в стабильных выражениях. Например, в слове «государство» потенциально присутствуют слова «суверенное», «правовое», «социальное»; «выборы» — «демократические», «свободные»; «свобода» — «мысли и слова», «совести»; «право на» — «жилище», «отдых», «образование», «медицинскую помощь»; «президент» — «глава государства», «гарант» и т.п. Таким образом, слово в конституционном контексте приобретает точный смысл того, что предшествовало ему и будет развивать его. Устойчивая динамика смыслового перехода создает запоминающиеся образы, налагает языковые ограничения на смысловую ревизию терминов, которые обрели в массовом сознании определенное значение.

¹ Лосев А. Ф. Вещь и имя; Самое само / А. Ф. Лосев; подготовка текста и общая редакция А. А. Тахо-Годи и В. П. Троицкого; вступительная статья А. Л. Доброхотова; комментарии С. В. Яковлева. — Изд. 2-е, испр. — Санкт-Петербург: Изд-во Олега Абышко, 2016 С. 455.

² Белоусов К. И. Синергетика текста: От структуры к форме. Изд. Стереотип. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2016. С. 11.

Высказанное нами предположение подтверждается ходом конституционной эволюции России в новейшее время. В монографии «О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований» С. М. Шахрай отмечает: Конституция России создавалась как документ, который в конфликтной ситуации, порождает и укрепляет общественное согласие. Составители Конституции выбрали тип функциональной модели. Очевидные блага («устойчивый общественный выбор»), то есть разделяемые большинством ценности и принципы были наглядно прописаны в тексте Основного Закона. При закреплении неочевидных благ («неустойчивый выбор») использовалась иная технология. Неочевидные блага как либеральные, так и социалистические, конкурирующие между собой, противоречащие друг другу, в текст Конституции включались в виде дефинитивных норм. А для того, чтобы потенциальные конфликты и коллизии между разными системами ценностей не привели к распаду Конституции и расколу в обществе в Основной Закон были заложены специальные механизмы, которые, с одной стороны, обеспечивают стабильность и согласие, а с другой стороны, позволяют создать преимущества для вызревания новых институтов, нового социального порядка и новых общественных отношений перед отживающими старыми.¹ Таким образом, содержательно Конституция РФ 1993 года представляет собой переходную гибридную модель, соединяющую растущее новое и преодолеваемое старое, признающую «биполярность» общественного сознания. Технологически это модель самонастраивающейся Конституции, в которой «неочевидные блага» конкурируют между собой, что приводит к их трансформации, приспособлению к историческим, политическим, социально-экономическим, идеологическим условиям. Конституционное регулирование в подобной ситуации более гибко, оно коэволюционно динамике развития государства и общества, готово оперативно реагировать на их запросы. Устойчивые конституционные словоформы выражают подобный запрос, сформулированный коллективным разумом и, что более важно, коллективным бессознательным.

Ярким примером устойчивой конституционной словоформы, «отредактировавшей» первоначальный замысел реформаторов, является право на труд. Республика Советов ввела всеобщую трудовую повинность в целях уничтожения паразитических слоев общества и организации хозяйства (п. е ст. 3 Конституции РСФСР 1918 г.). Конституции РСФСР 1918 и 1937 годов были единоклассны: труд — обязанность

¹ Шахрай С. М. О Конституции: Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований / Отд-ние общественных наук РАН. М.: Наука, 2013. С. 59, 64–65.

и дело чести каждого трудоспособного гражданина. «Не трудящийся, да не ест!», «Кто не работает, тот не ест» (ст. 18 и ст. 12 соответственно). В условиях плановой экономики Конституции Советской эпохи провозглашали право на труд как право на получение гарантированной работы с оплатой труда, закрепляя одновременно обязанность трудиться (ст. 118 Конституции СССР 1936 года; ст. 122 Конституции РСФСР 1937 года; ст. 40, 60 Конституции СССР 1977 года; ст. 38 Конституции РСФСР 1978 года). В общественном сознании право на труд до сих пор олицетворяется с правом на гарантированное рабочее место и заработную плату. В советское время труд был мерилом ценности человека, источником легальных доходов, основой высокого общественного статуса. Переход к рыночной экономике требовал изменения формулировки права на труд, ибо капитализм не предполагает предоставление каждому гражданину рабочего места, а безработица рассматривается как неизбежное явление. Но и отказаться от закрепления на уровне Основного Закона права на труд было немислимо. Был найден компромисс. Первоначально, поправки отредактировали право на труд в его социалистической интерпретации достаточно мягко. Конституция РСФСР 1978 года в редакции 1992 года закрепила право каждого на труд, который он свободно выбирает и на который он свободно соглашается, а также право свободно распоряжаться своими способностями к труду и выбирать профессию и род занятий (ст. 53 ч. 1). Конституция РФ 1993 года провозгласила: «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию» (с. 37 ч. 1). Тем не менее, подавляющее большинство населения воспринимает данное положение Основного Закона именно как право на труд, то есть гарантированную занятость, но не как свободу труда, то есть возможность свободно распоряжаться своими способностями к труду. Отрадно, что смысл словоформы «право на труд» воспроизведен в другой словоформе «человек труда», обретенной Основным Законом в ходе конституционной реформы 2020 (ст. 75.1).

Показателен пример словоформы «свобода совести и вероисповедания». Конституции РСФСР 1918 и 1937 года гарантировали свободу совести, отделив церковь от государства и школу от церкви (ст. 13 и ст. 128). Конституция РСФСР 1978 года гарантировала гражданам право на свободу совести, то есть право исповедовать любую религию или не исповедовать никакой (ст. 50). Конституция РФ закрепила: «Каждому гарантируется свобода совести, свобода вероисповедания ...» (ст. 28). Смысл конституционной нормы, логика изложения статьи 28 не оставляют сомнения, свобода совести и свобода вероисповедания — два самостоятельных правомочия. Разницу нормативного содержания свободы совести, свободы вероисповедания подчеркивают ученые-государствоведы, признает правотворческая и право-

применительная практика. Вместе с тем, в общественном сознании свобода совести соединена со свободой вероисповедания, данные правомочия объединяются в устной речи союзом «и», то есть совесть «черпает» нравственный императив в вере. В связи с вышесказанным закономерно появление в Конституции России положения о том, что «Российская Федерация, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога, а также преемственность в развитии Российского государства, признает исторически сложившееся государственное единство» (ч. 2 ст. 67.1).

Укрепленное в общественном сознании восприятие некоторых словоформ, на которые не может адекватно ответить законодатель, может существенно усложнять реализацию ряда положений Конституции РФ. Такая судьба постигла право на жилище. Вершиной эволюции права на жилище в Советский период стала статья 44 Конституции СССР 1977 года: «Граждане СССР имеют право на жилище. Это право обеспечивается развитием и охраной государственного и общественного жилищного фонда, содействием ... жилищному строительству, справедливым распределением под общественным контролем жилой площади ..., а также невысокой платой за квартиру и коммунальные услуги. Граждане СССР должны бережно относиться к предоставленному им жилищу». Указанные положения были полностью продублированы в статье 42 Конституции РСФСР 1978 года в отношении граждан РСФСР. Именно государству, его попечениям и заботам отводилась ведущая роль в реализации права на жилище, а само жилище трактовалось как социальное благо, которое рано или поздно бесплатно предоставит государство. Изменение общественно-политического строя России в начале 90-х годов прошлого века сказалось на нормативном закреплении права на жилище. Происходил поиск приемлемой конституционной формулировки, отвечающей многоукладному характеру экономики и отказу от модели патернализма в отношениях между властью и гражданами. Первые изменения в нормативном содержании конституционного права на жилище произошли в связи с принятием в 1991 году Декларации прав и свобод человека и гражданина. Статья 10 гласила: «1. Каждый человек имеет право на жилище. Никто не может быть произвольно лишен жилища. 2. Государство поощряет жилищное строительство, содействует реализации права на жилище. 3. Жилье малоимущим гражданам представляется бесплатно или на льготных условиях из государственных или муниципальных жилищных фондов».¹ В декабре 1992 года указанная норма была изложена уже в несколько иной редакции, где «Граждане

¹ Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 октября 1991 г. № 1920–1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина»// Электронный ресурс: www.consultant.ru/document/const_doc_LAW_3788/. Дата обращения: 10 июня 2021 г.

Российской Федерации имеют право на жилище. Это право обеспечивается путем предоставления жилых помещений в домах государственного и муниципального жилищных фондов на условиях договора найма в пределах нормы жилой площади, а также на условиях аренды либо путем приобретения и строительства жилья без ограничения площади. Гражданам, не обеспеченным жильем по установленным нормативам, государство оказывает помощь, развивая строительство домов государственного и муниципального жилищных фондов, предназначенных для предоставления жилых помещений по договору найма, а также используя систему компенсаций и льгот по оплате строительства, содержания и ремонта жилья».¹ На тот момент Жилищный кодекс РСФСР во многом не отвечал новым приоритетам жилищной политики, поэтому система жилищного законодательства была дополнена двумя новыми законодательными актами — Законом РФ от 4 июля 1991 г. № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»² (был направлен на формирование альтернативных механизмов реализации конституционного права граждан на жилище (создание рынка вторичного жилья, передача государственного жилого фонда в частные руки) и Законом РФ от 24 декабря 1992 г. № 4218-1 «Об основах федеральной жилищной политики»³ (определял основные принципы реализации конституционного права граждан на жилище в новых социально — экономических условиях). Конституция РФ 1993 года предложила такую формулировку права на жилище, которая в максимальной степени возложила ответственность за обладание жилищем на граждан, ожидая, что они проявят инициативу и самостоятельность. Власть должна создавать условия для реализации жилищных инициатив. Исключение сделано для малоимущих и иных нуждающихся граждан, круг которых указан в законе, которым оно предоставляется бесплатно или за доступную плату (ст. 40). В современной Конституции Российской Федерации право на жилище два подхода естественно — правовой и позитивистской доктрины: оно имеет естественную природу и принадлежит каждому от рождения (а значит и должно быть каждому гарантировано), но в то же время роль государства не является определяющей (обусловлена современными социально-экономическими, политическими и другими условиями). Двойственное восприятие права на жилище пока преодолеть не удастся. С одной стороны, граждане ожидают, что государство так

¹ Закон РФ «Об изменениях и дополнениях Конституции Российской Федерации — России» от 9 декабря 1992 г. № 4061-1 // Ведомости РФ. 1993. № 2. Ст. 55.

² Интернет-ресурс: <http://www.consultant.ru/popular/privat/>. Дата обращения: 10 июня 2021 г.

³ Интернет-ресурс: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=49090>. Дата обращения: 10 июня 2021 г.

или иначе обеспечит их жилищем, примет участие в его содержании и ремонте, отрегулирует в пользу жильцов оплату коммунальных услуг. С другой стороны, жилище является объектом права собственности человека и он вправе им сам распоряжаться. На практике это не совсем так и собственник жилища не свободен от обязательств перед членами своей семьи, которых он не может оставить без жилплощади, распоряжаясь своей собственностью. Дуальность статуса права на жилище стала катализатором конфликтов, проблем, споров, разрешить которые должным образом в юридическом поле весьма затруднительно. Государство осознает, что тысячи граждан, лишённые жилой площади, возможности ее получения (именно получения), проживающие в ветхом и аварийном жилье становятся изгоями, они лишены доступа к элементарным благам цивилизации. Подобная ситуация грозит масштабными социальными конфликтами. Сегодня вектор государственной жилищной политики свидетельствует о стремлении власти придать реализации праву на жилище в его либеральном понимании социальный формат.¹ В области жилищной политики мы возвращаемся на 40 лет назад и это радует, поскольку только так государство может адекватно ответить общественным ожиданиям, воспроизводящим смысл словоформы «право на жилище» как гарантированную возможность получить жилище, либо приобрести его (что без субсидирования или участия государства невозможно) и необременительность для семейного бюджета оплаты жилищно-коммунальных услуг.

Есть словоформы, которые являются маркерами социально-экономического уклада, надёжными свидетелями сущности общественных процессов. Так, например, прилагательное «квалифицированная» в социалистической Конституции РСФСР 1978 года адресовалось медицинской помощи (ст. 40), при этом особо трепетное отношение к здоровью населения подчеркивалось словосочетанием «бесплатная квалифицированная медицинская помощь». Статья 40 свидетельствовала о социалистическом строе, где социальные права имеют приоритет перед всеми остальными, являются предметом особой заботы государства. Действующая Конституция сместила акценты: квалифицированной должна быть юридическая помощь, которая, в случаях предусмотренных законом, оказывается бесплатно (ст. 48 ч. 1). Перемена местонахождения прилагательного словно говорит нам: Россия государство, в первую очередь, правовое, именно правовая сфера станет приоритетной, все отношения мы постараемся отрегулировать юридическими средствами. Логика такова: медицинская помощь

¹ Национальный проект «Жильё и городская среда». Утвержден президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам (протокол от 24 декабря 2018 г. № 16) // Электронный ресурс: <https://base/garant.ru/72192510/>. Дата обращения: 6 июня 2021 г.

презюмируется как квалифицированная, но если пациент пострадает от некомпетентности врача, то он имеет возможность обратиться к грамотному юристу, который окажет ему квалифицированную юридическую помощь и пострадавший получит компенсацию за потерю здоровья. В целом, данная схема приемлема, но нужно понимать, что к ней не готово общество и не готовы организационно-правовые механизмы. Результат: и медицинская помощь не оказывается должным образом в полном объеме, и компенсацию больному человеку трудно получить, и деньги не вернут потерянного здоровья. Компенсаторным механизмом недостатков нормоустановлений Основного Закона выступает национальный проект «Здравоохранение».¹

Есть постоянные устойчивые словоформы, которые воспроизводит каждая последующая конституция. К числу таких относится словоформа «защита Отечества — священный долг и почетная обязанность гражданина». Конституция РСФСР 1918 года устанавливала всеобщую воинскую повинность, проявляя при этом классовый подход: почетное право защищать революцию с оружием в руках предоставляется только трудящимся (ст. 19). Таким образом подчеркивалась избранность защитника Отечества. Всеобщая воинская обязанность является законом — утверждала Конституция РСФСР 1937 года (ст. 136). Воинская обязанность обрела статус почетной, а защита отечества — священного долга (ст. 136, 137 Конституции РСФСР 1937 г.; ст. 60 ч. 2, ст. 61 Конституции РСФСР 1978 г.). Конституция РФ 1993 года постаралась избегать патриотического пафоса. Защита Отечества как долг и обязанность каждого гражданина Российской Федерации утратила эмоциональную окраску, став рядовой обязанностью (ст. 59 ч. 1). Однако подобный подход не совместим с сакральным значением Отечества для россиян, восприятием России как «святой Руси», «святорусской Земли». Патетика любви к Родине, готовности отдать жизнь за родную землю вернулась в текст Основного Закона в 2020 году. Священный характер долга обрел изначальный смысл: «Российская Федерация чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды. Умаление значения подвига при защите Отечества не допускается» (ст. 67_1 ч. 3). Возвращение исконного смысла защиты Отечества произошло одновременно с закреплением в Основном Законе принципа мирного сосуществования государств (ст. 79_1). Принцип мирного сосуществования формально не вошел в число основных принципов международного права по по-

¹ Утвержден президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам (протокол от 24 декабря 2018 г. № 16) // Электронный ресурс: <https://base/garant.ru/72192510/>. Дата обращения: 6 июня 2021 г.

литическим мотивам, поскольку инициатором его признания был Советский Союз.¹ Советская дипломатия подчеркивала, что проблема мирного сосуществования государств с различными социально-политическими, идеологическими, религиозными, системами всегда была одной из центральных в международной жизни, ибо без мирного сосуществования не может быть и речи ни о мировом сообществе государств, ни об универсальном международном праве.² Конституционное закрепление принципа мирного сосуществования государств с различным социальным строем в тексте Основного Закона великой державы, сверхдержавы, определявшей ход развития мировой цивилизации, придал ему энергетiku равноценную статусу универсального принципа международного права (ст. 28 ч. 2 Конституции СССР 1977 г.). Верность внешнеполитическим принципам СССР подчеркивала Конституция РСФСР 1978 года (ст. 28). Каждый гражданин был обязан исполнять интернациональный долг, то есть содействовать развитию дружбы и сотрудничества с народами других стран, поддержке и укреплению всеобщего мира (ст. 69 Конституции СССР 1977 г.; ст. 67 Конституции РСФСР 1978 г.). В свете сверхценности мира и абсолютной ценности социалистического Отечества защита его представляла как важнейшая функция государства и дело всего народа (ст. 31 ч. 1 Конституции СССР 1977 г.; ст. 29 Конституции РСФСР 1978 г.). Долг вооруженных сил перед народом — надежно защищать социалистическое Отечество, быть в постоянной боевой готовности, гарантирующей немедленный отпор любому агрессору (ст. 31 ч. 3; ст. 29 ч. 3). Долг перед народом — особый долг, долг перед предками и потомками, долг перед современниками, долг перед всеми народами Земли, уповающими на Российское государство как на гарант мирной жизни, как на центр справедливого порядка для всех народов, независимо от того, как каждый из них обустроивает свою политическую, социальную, экономическую, религиозную жизнь. Президент РФ В. В. Путин в фильме «Миропорядок 2018» произнес сильную фразу: «Но как гражданин своей страны и как глава государства я задаюсь вопросом: а зачем нам мир, в котором не будет России?»³ Это сказано

¹ Принцип мирного сосуществования государств не включен в число основных принципов международного права в ст. 2 Устава ООН 1945 г. Нет его в перечне основных принципов Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций 1970 г., Заключительного акта СБСЕ 1975 г.

² Курс международного права. В 7 т. Т. 2. Основные принципы международного права / Г. В. Игнатенко, В. А. Карташкин, Б. М. Клименко и др. М.: Наука, 1989. С. 27.

³ Путин В. В. Интервью Соловьеву В. Р. в фильме «Миропорядок 2018» // Электронный ресурс: https://russia.tv/brand/show/brand_id/62720/. Дата обращения: 10 июня 2021 г.

не только о военной мощи России и готовности достойно отразить удар. Это о величии России, способной вновь и вновь возрождать смыслы и ценности, удерживающие мир в границах цивилизации.

Язык конституций — живой, подвижный, он меняется вслед за изменением социальных, политических, экономических, мировоззренческих, идеологических условий существования государства и общества. Многие языковые новации, по сути своей, представляют поиск новой формы для извечных сущностей. В России неизбежно трепетное отношение к единству народов, поскольку только в единении наше государство обретает силу, самодостаточность, моральный авторитет. Собственно говоря, единство народа есть способ существования Российского государства. До революции 1917 года объединение народа осуществлялось с опорой на монархические и религиозные устои. В Советский период объединяющей стала идея социализма (в перспективе — коммунизма), и, обеспечив единство трудящихся Советского Союза (вспомним, что все обязаны были трудиться), мы выпестовали, воспитали уникальную новую историческую общность — Советский народ, сформировавшийся на основе сближения всех классов и социальных слоев, юридического и фактического равенства всех наций и народностей, их братского сотрудничества (Преамбула Конституции СССР 1977 г.). Народ РСФСР считал себя неотъемлемой частью всего советского народа (Преамбула Конституции РСФСР 1978 г.). Советский Союз как геополитическая реальность прекратил свое существование, что во многом стало результатом потери общности и, в свою очередь, нанесло мощнейший удар по осознанию народом своего единства. Собирала смыслы в данном отношении очень быстро ставшая канонической словоформа «многонациональный народ». Ее успех определяется постоянством единения на территории государства Российского различных наций и народностей как в монархической России, так и в России Советской. «Многонациональный народ» тождественен по смыслу понятию «единый народ», поскольку несмотря на все различия только объединенные вместе народы обладают суверенитетом, являются источником и носителем власти, формулируют общую волю (Преамбула, ст. 3 ч. 1 Конституции РФ 1993 г.). Словоформа «многонациональный народ» наиболее удачна с точки зрения передачи смысла единения поскольку отношение к национальностям основывалось на признании различий и их уважении. Российская Советская Республика как федерация учреждалась на основе свободного союза свободных наций (Преамбула Конституции РСФСР 1918 г.). Идеи равноправия граждан независимо от их национальности; дружбы наций и народностей СССР; всестороннего развития и сближения всех наций и народностей СССР; провозглашение долгом каждого гражданина СССР уважения национального достоинства других граждан, укрепления дружбы наций и народно-

стей Советского многонационального государства; восприятие факта образования РСФСР как акта обеспечения русскому народу, всем нациям и народностям Российской Федерации благоприятных условий для всестороннего развития с учетом их национальных особенностей в братской семье советских народов; осознание того, что объединение РСФСР с другими советскими республиками в Союз ССР преумножило силы и возможности народов страны в осуществлении коренных социально-экономических преобразований; воспитание патриотизма и интернационализма, уважение национальной культуры, безусловное право пользоваться родным языком (ст. 121, 123 Конституции СССР 1936 г.; 127 Конституции РСФСР 1937 г.; Преамбула, ст. 36, 64 Конституции СССР 1977 г.; Преамбула, ст. 34, 43 Конституции РСФСР 1978 г.; ст. 19, 26 Конституции РФ 1993 г.) лейтмотивом проходят сквозь все конституции нашего государства. Осмысление необходимости единения наций обретает новую форму единства многонационального народа Российской Федерации.

Метафизичность единства подчеркивается особым статусом поколенческого вопроса. Поколения как субъект конституционного права включаются в сферу правового регулирования Конституцией 1977 г. (ст. 18) и Конституцией РСФСР 1978 г. (ст. 18). Обязательства перед настоящим и будущими поколениями были связаны с мерами, предпринимаемыми в СССР / РСФСР для охраны и научно обоснованного, рационального использования земли и ее недр, водных ресурсов, растительного и животного мира, для сохранения в чистоте воздуха и воды, обеспечения воспроизводства природных богатств и улучшения окружающей человека среды. Конституция РФ 1993 года расширила зону обязательств перед нынешним и будущими поколениями. Многонациональный народ Российской Федерации принимал Конституция России, осознавая свою ответственность за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями (Преамбула). Устойчивая словоформа «нынешнее и будущие поколения» вводит нас некоторым образом в заблуждение. С точки зрения теории поколений население России не гомогенно, поскольку сегодня в нашем государстве живут и трудятся представители шести поколений: Победители (1903–1923); Молчаливые (1923–1943); Беби-бумеры (1943–1963); Икс (1964–1984); Игрек (1985–2003); Зет (2004–2024). Каждое из этих поколений обладает рядом характерных черт, которые, образно говоря, формируют «лицо поколения» и определяют тактику их поведения в сфере общественного и государственного устройства.¹ Однако, мы традиционно используем термин «нынешнее поколение» в единственном числе,

¹ Шамис Е., Никонов Е. Теория поколений: необыкновенный Икс. — М., 2017. С. 11–17; Шамис Е., Никонов Е. Теория поколений. 1944–1963. Стратегия Беби-бумеров. — М., 2017. С. 9–16.

стирая различия между ними. Таким образом язык подчеркивает особое ментальное отношение к будущему, к потомкам. Суть этого отношения лучше всех передал великий русский демократ Н. Г. Чернышевский: «... будущее. Оно светло, оно прекрасно. Говори же всем: вот что в будущем, будущее светло и прекрасно. Любите его, стремитесь к нему, работайте для него, приближайте его, переносите из него в настоящее, сколько можете перенести: настолько будет светла и добра, богата радостью и наслаждением ваша жизнь, насколько вы умеете перенести в нее из будущего. Стремитесь к нему, работайте для него, приближайте его, переносите из него в настоящее все, что можете перенести.»¹ Ради светлого будущего, ради прекрасных, достойных людей будущего нынешние поколения должны работать, ограничивать себя, жертвовать своими интересами ради будущего в которое они не попадут. В русской национальной традиции признание сверхценности будущего, что нивелирует значение настоящего. Но кто такие будущие поколения? Это наши потомки, это те, кто будет. Ряд западных социологов утверждает, что людей будущих поколений на настоящий момент нет, а, значит, на настоящий момент у них не может быть прав и они не могут их никому делегировать. В момент своего появления на свет эти люди, конечно, получают права, но последние будут касаться доступных к тому моменту ресурсов и возможностей.² Иначе говоря, потомки получают то, что им достанется, а думать и заботиться об объеме и качестве «наследства» нынешние поколения не обязаны. Более резко высказался Нобелевский лауреат Фридрих Август Хайек утверждавший, что мы не должны особенно заботиться о следующих поколениях, поскольку последние не могут позаботиться о нас. Иначе говоря, в будущих поколениях либерально-демократический классик видел не продолжение ныне живущих, не олицетворение бессмертия народа, не продолжателей традиций, культуры, дела предков, но своеобразных компаньонов, партнеров у которых нет реального ресурса, которые не могут быть полезны для ныне живущих с материальной точки зрения и поэтому не представляют особого интереса. Данный подход в корне противоречит российской конституционной традиции. Принцип солидарности поколений, дающий чувство единства ушедших, живущих и грядущих людей, осознание собственной бесконечности во времени диктует модель ответственного поведения. Права будущих поколений более уязвимы, так как доступные им ресурсы (в широком смысле) полностью зависят от модели поведения поколений живущих. Нынешние поколения должны быть готовы к са-

¹ Чернышевский Н. Г. Что делать? // Электронный ресурс: russkay-literatura.ru/chernyshevskij-ng/588. Дата обращения: 10 июля 2021 г.

² Weikard Hans-Peter. *Beckerman W., Pasek J.* (2001): *Justice, Posterity and the Environment* // Электронный ресурс: researchgate.net. Дата обращения: 18 июня 2021 г.

моограничению в пользовании ресурсами и социальными благами во имя интересов будущих поколений. С другой стороны, претерпевая лишения и ограничивая себя, нынешние поколения не гарантированы от безответственного поведения будущих людей. Разрешить данное противоречие возможно только на основе этических принципов, ответственного нравственного выбора ныне живущих людей, способных передать морально-этические императивы своим потомкам. В свете сказанного, вполне ожидаемыми стали новации конституционного текста, озвучившие осознание единства всех поколений; ответственности поколений друг перед другом за судьбы Родины, Отечества, России не только в плане сиюминутных формально-договорных обязательств, но ответственности перед историческим выбором предков, ответственности перед их подвигами, совершенными во имя России, ответственности за нравственный выбор грядущих поколений. Данный подтекст воплотился в конституционных строчках о статусе Российской Федерации как хранительницы преемственности в развитии Российского государства и правопреемника Союза ССР; признании исторически сложившегося государственного единства; детей как важнейшем приоритете государственной политики России; всестороннем духовном, нравственном, интеллектуальном и физическом развитии детей, воспитанию в них патриотизма, гражданственности и уважения к старшим (ст. 67_1). Морально-нравственные устои, облеченные в юридическую форму, укладываются в словоформу «ответственность за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями». Нынешнее поколение — собирательный образ, включающий в себя все поколения в исторической ретроспективе и современном состоянии. Конституция фиксирует: различия, между поколениями, не играют роли, когда речь идет о любви к Отечеству, о судьбе России; будущие поколения могут быть и будут разными по социальным характеристикам, но они уже объединены с нами трепетным отношением к стране, ответственностью за ее суверенитет и независимость, благополучие и процветание.

Есть воспроизводящиеся устойчивые словоформы, которые так или иначе возвращаются в конституционный текст, ибо их текстуальное закрепление должно быть тождественно ментальному смыслу, закреплённому в общенародном сознании.

Весьма интересна лингвистическая судьба понятия «брак» в его конституционной интерпретации. Понимание брака как союза мужчины и женщины было настолько очевидным, что создатели Конституции 1993 года не акцентировали на этом внимание, полагая достаточным его закрепление в Семейном Кодексе России. В Конституции РСФСР 1978 года традиционное понимание брака акцентировало иной смысл. Указание на то, что брак основывается на добровольном согласии женщины и мужчины, а супруги полностью равноправны

в семейных отношениях (ст. 51 ч. 1) подчеркивало равенство женщины и мужчины не только в общественной, публичной сфере, но и в области приватной жизни. Государство как бы говорило: личную жизнь граждане организуют сами по своему усмотрению, но их равный статус в брачно-семейных отношениях государство будет обеспечивать. Не случайно женщины были поставлены на первое место, ибо эпоха патриархата, экономическая зависимость женщин от мужчин делали первых более уязвимыми в плане проявления и реализации собственной воли. Конституция РФ 1993 года не оговаривала специально вопросы брака, закрепив традиционную формулу о защите государством материнства, детства, семьи и возложив на родителей (без обозначения их половой принадлежности) обязанность заботиться о детях (ст. 38). Однако события, происходящие в Западной Европе, деформация традиционных отношений буквально потребовали дополнить текст Основного Закона указанием на то, что брак есть союз мужчины и женщины и никак иначе (ст. 72 ч. 1 п. ж). Показательно, что в этом определении мужчина поставлен на первое место, что возвращает нас к архетипу патриархальной семьи. Говоря о семье, не можем не отметить еще одну словоформу, которая обрела свое истинное звучание после конституционной реформы 2020. Дети и родители имеют друг перед другом обязательства: родители заботятся о детях, а дети помогают своим родителям по мере сил и в зависимости от возраста. Дети — поддержка и опора родителей. Взаимная любовь, привязанность, забота — естественны в отношениях между родителями и детьми. Именно поэтому на уровень основного закона эта естественная обязанность первоначально была возведена в ее традиционалистской формулировке: дети обязаны заботиться о родителях и оказывать им помощь (ст. 64 Конституции РСФСР 1978 г.). В Конституции РФ 1993 года данное нормоустановление переформатировано незначительно, но смысл кардинальным образом изменился: трудоспособные дети, достигшие 18 лет, должны заботиться о нетрудоспособных родителях (ст. 38 ч. 3). То есть, святая обязанность «почитать мать и отца своего» была формализована, монетизирована, ограничена сферой материальной помощи. Почему так произошло? Полагаем, всему виной либерализация общественного уклада, ориентация на индивидуализацию личности, девальвация социальных обязательств не нормированных правом, акцентирование формального равенства как элемента конструкции правового государства в ущерб равенству социальному (а это не только материальный достаток), приведшие в результате к атомизации общества, социальному одиночеству определенных страт. Не забудем так же, что граждане РСФСР, помимо законов, должны были уважать правила социалистического общежития, с достоинством нести высокое звание советского гражданина (ст. 57 ч. 2 Конституции РСФСР 1978 г.), а гражданин Российской Федерации обязан соблюдать Кон-

ституцию Российской Федерации и законы (ст. 15 ч. 2 Конституции РФ 1993 г.). Последствия формализации рассматриваемой основной обязанности плачевны: рост социального сиротства детей при живых родителях и престарелых родителей, брошенных своими детьми. Прозвучал общественный запрос вернуть нравственные оценки в конституционное поле. Конституционный текст наполнился базовыми смыслами и ст. 72 Конституции в 2020 году претерпела изменения, отнеся к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации создание условий для достойного воспитания детей в семье, а также для осуществления совершеннолетними детьми обязанности заботиться о родителях.

Изучение устойчивые конституционных словоформ интересно, познавательно и значимо. Конституционные словоформы заслуживают пристального внимания, ибо они способны показать ход допустимых, приемлемых, ожидаемых, желательных реформ, новаций, обозначают пути социальной эволюции государственно-организованного народа, предлагают нам контур желаемого будущего, которое общество готово принять и ради которого оно способно сплотиться и работать под руководством государственной власти. Парадоксальное и существенное мировоззренческое следствие синергетики — представление о преддетерминации, понимаемой в нелинейном смысле. Будущее преддетерминирует настоящее. Будущие формы сложных социальных организаций открыты в виде веера преддетерминированных возможностей. Ограниченные наборы путей социальной эволюции «разрешены» внутренними свойствами самих сложных систем.¹ Канонические словоформы Основного Закона показывают разрешенные пути эволюции, что позволяет нам перейти к стратегии «умного» управления, то есть управления посредством резонансных влияний грамотно примененных топологически. «Умное» управление стабилизирует процесс развития государства и общества и, при этом не ведет к утрате динамизма, поскольку позволяет соединить в одном аккорде возможное и должное в государственных преобразованиях.

¹ Князева Е. Н., Курдюмов С. П. Основания синергетики: Человек конструирующий себя и свое будущее. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2018. С. 165–166.

Пищулин Александр Владимирович

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Регулятивный смысл права в эпоху нестабильности

Если пытаться ответить на вопрос, является ли право фактором социальной стабильности именно сейчас, то представляется, что ответ однозначно отрицательный. И дело не только в том, что мы выпускаем этот коллективный труд именно в эпоху нестабильности, которая очевидна сейчас каждому, но вопросы к рациональности в праве возникали уже давно и накапливались не один год. Вопросы к рациональности, которая берет свое начало в эпоху Просвещения, давно уже ставятся¹. Базовой проблемой рациональности в праве и ее понимании является как раз академическое и теоретическое понимание рациональности. В этом смысле можно прямо сказать, что некая кабинетная теория, кабинетная философия и попытки моделировать универсальные модели регулирования или универсальные модели справедливости, или универсальные модели доброго и злого во многом потерпели крах. Я вряд ли поддержу мнение известного сейчас автора Нассима Талеба о том, что гуманитарная наука теперь представляет собой нечто вроде необязательного хобби в духе коллекционирования монет². Автор, конечно, чрезмерно склонен к критике и эпатажу, но нельзя не отдать должное, что обсуждение так называемых «черных лебедей» для социальной, в том числе, и правовой реальности становится сейчас как нельзя более актуальным. Было бы очень просто рассуждать о рациональности в довольно бесконфликтном академическом духе, изображая прогресс справедливости, как это делают некоторые³.

Неслучайно Амартия Сен ставит много серьезных вопросов в отношении универсальных описательных моделей социальной реальности. В частности, конечно, речь идет о множестве конкретных принципах, которые приходится учитывать при разрешении конкретных ситуаций, и, в целом, многообразии отправных данных⁴. Одно дело, что весьма известные даже с мировым именем ученые предлагали и предлагают нам до сих пор некоторые универсальные модели регулиро-

¹ См. *Glover J.* Humanity: A Moral History of the Twentieth Century. London, 1999. P. 6–7.

² *Талеб Н. Н.* Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. М., 2010. С. 136.

³ См. *Соломоник А. Б.* Идея справедливости и право. На примере европейской традиции. Спб., С. 5–7.

⁴ *Сен А.* Идея справедливости. М., 2016. С. 160–162.

вания социальной реальности с помощью права, а другое дело — это конкретные жизненные ситуации, которые, например, уже довольно наглядно разбирают некоторые авторы¹. Здесь, если будет уместно, можно вспомнить даже реплику из классической литературы, когда Раневская говорит Пете в «Вишневом саде», что он со своими универсальными моделями не перестрадал ни одного конкретного вопроса. Это упрек вполне может звучать и для претензий теоретиков и философов права рациональности сегодня.

Все, что связано с текущей социальной реальностью как нельзя более остро ставит вопросы, а эффективны ли разрабатываемые модели, которые носят как бы регулятивный смысл сейчас. Мы видим, что весь мир переживает некоторую общую чрезвычайную ситуацию, от которой мы никак не можем отрешиться. И перед нами, конечно, встает в связи с этим вопрос, не являются ли гуманитарные исследования или — правовые исследования, которые предлагают нам разрешать ситуации тем или иным образом, всего лишь некой поддержкой уже устоявшихся представлений, которые по факту весьма слабо отвечают на вопросы современной социальной и правовой практики. Это видно сейчас во всех сферах общества. То, что право как инструмент меньше всего сейчас ассоциируется со стабильностью, рациональностью и предсказуемостью, на мой взгляд, довольно очевидно.

Другой вопрос, являются ли такие особые пограничные состояния, которые мы проходим сейчас, только лишь исключениями и все через несколько лет вернется на круги своя и мы так же спокойно будем опять верить маститым теоретикам, либо мы будем переживать системный кризис, в том числе и в анализе права, который глубоко отразится на наших и последующих представлениях о праве.

Совершенно понятно, что необходимо рассмотреть несколько проблем, связанных с текущей пандемией, которые встают перед теоретиками права и как нельзя лучше отражают тот хаос и сумятицу, которая с нами происходит. Можно ли сказать, что сейчас невозможно рационализировать и теоретизировать право, или все же можно найти общие контуры понимания того, что с нами происходит? Пожалуй, кризис заключается еще и в том, что рациональность как таковая сама по себе наука, сам по себе академический стиль как будто бы не соответствует духу нашего времени. Но, с другой стороны, может быть, именно возможность успокоиться и не терять голову дается именно теоретикам.

Таким образом, в качестве иллюстрации своих общих вводных тезисов я рассмотрю несколько проблем, которые я понимаю как текущие теоретико-философские насущные проблемы.

¹ См. *Сэндел М.* Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 13–74.

Текущую экстраординарную ситуацию комментируют уже представители многих наук. Однако дать теоретико-правовой комментарий или теоретико-правовое осмысление происходящего весьма сложно. Возможно, несколько проще представителям отраслевых правовых наук. И, пожалуй, это неслучайно в том смысле, что, прежде всего, юрист-отраслевик настроен на некий отраслевой комментарий в рамках конкретной отрасли, в рамках, возможно, догматического осмысления или комментирования уже существующего законодательства. Но на самом деле здесь есть и серьезная философско-правовая и теоретико-правовая проблема. Но, тем не менее, как мне кажется, теория права или философия права в этом смысле находится в наиболее сложной ситуации. У них, скорее всего, нет задачи комментировать конкретный правовой акт или комментировать правоприменение. Но перед теорией права здесь стоят серьезные вопросы. С одной стороны, теория в ее нынешнем интеллектуальном состоянии в России — не побоюсь этого утверждать — в ее таком среднем постсоветском формате, скорее всего, просто не способна комментировать подобные ситуации. Классические словосочетания типа «правоотношения», «источники права» и прочие как будто не проливают свет на то, что с нами начало происходить и происходит сейчас. Таким образом, теория и философия права здесь по сравнению с другими отраслями права находится в особом затруднении.

Первое, что хотелось бы сказать, конечно, перед нами встает в этой ситуации проблема научности. Мир оказался в довольно причудливой ситуации. И естественные, и точные, и гуманитарные науки должны вроде как молниеносно реагировать на то, что происходит и попытаться это осмыслить. На самом деле в экстренной ситуации зачастую мы видим, как устанавливаются или не устанавливаются научные факты. Что признавать на самом деле в этом смысле научным или ненаучным? Идут исследования, делаются прогнозы, строятся модели. Насколько эти модели вообще оправдывают себя? Некоторые аналитические компании строили модели, потом даже их удаляли, говоря о том, что прогноз о дальнейшем развитии событий не точен. Даже в начале пандемии с точки зрения естественных наук, в которых, безусловно, теоретики права не являются специалистами мы видели заявления одного немецкого вирусолога, например, который утверждал, что через поверхности, возможно, вирус не передается¹. И точно установить, что он передается как-либо, кроме как воздушно-капельным путем, не представляется возможным. В этом смысле мы жили и, может быть, продолжаем жить в эпоху некоего информационного

¹ <https://today.rtl.lu/news/science-and-environment/a/1498185.html?fbclid=IwAR1GpPz0vtWA0NDODKRWhGocgQqP1utj7siQpHlutuKYLj1oplohRWi1Hxo>

хаоса, где мы с трудом можем отличить факт от не факта, системы научной верификации и установления фактов еще раз поставлены под вопрос и в естественном, и в гуманитарном смысле. Как я уже упомянул, теория права в ее нынешнем состоянии как будто бы вообще не имеет дела с такой проблематикой, в которой мы сейчас все оказались. Для меня стало большим удивлением (нетактичным было бы сказать), радостью, но на самом деле в этой ситуации интеллектуально всплывают имена авторов, которые традиционно оказывались на обочине теоретического и философско-правового осмысления реальности.

Конечно же, первый, кто приходит на ум, это, безусловно, Мишель Фуко. Проблема биовласти, которая многим в научном теоретико-правовом сообществе России казалась неважной или в лучшем случае маргинальной, высветилась в полной мере. Является ли власть государства проблемой властвования над телом? Можно ли говорить о том, что еще Фуко рассуждал о либерализме в своих лекциях 70-х годов, «жить опасно»¹ и современный либерализм и вся современная капиталистическая система находится под давлением постоянно возникающих опасностей. И главный механизм управления — это, конечно, механизм управления телами. И сейчас мы увидели это в полной мере. Мы видим при таком подходе, конечно, существенный ценностный конфликт. Существенный ценностный конфликт в том смысле, что есть права человека, к которым мы все привыкли, но есть и некое разумное их ограничение в определенных ситуациях. Суть государственного управления в таком случае оказывается контролем, прежде всего, медицинским, прежде всего биологическим. И мы должны постоянно наблюдать за обществом как за неким цельным организмом. Здесь вспоминается паноптикум И. Бентама, когда мы видим, что контакты между людьми должны быть постоянно фиксируемыми, мы видим, что нужно все-таки добровольно, но, тем не менее, создавать некие мобильные приложения, которые фиксируют единичные контакты между людьми. Общество взаимного наблюдения, общество взаимного надзора в такой ситуации как нельзя лучше проявляет себя. Но в этом смысле перед нами, безусловно, встает серьезная проблема пределов ограничения прав. С одной стороны, перед нами, конечно, ценность человеческой жизни. С другой стороны, перед нами стоит проблема соразмерного ограничения человеческих свобод. Нашли ли многие государства разумный баланс в эти месяцы между этими двумя явлениями — это еще, может быть, предстоит нам оценить. Проблема заключается в том, что отчасти можно и согласиться с тези-

¹ Фуко М. Рождение биополитики. М., 2010. С. 90.

сом в лекции Михаила Ямпольского «Дистанцирование и изоляция», где он утверждал, что, находясь в центре какого-то события, мы не можем его проанализировать.¹ Возможно, даже предположить, что какие-либо выводы делать рано. И все это, возможно, можно будет оценить по прошествии времени.

Российское государство очевидным образом тоже не было готово к данной ситуации. Правовое регулирование все же не было каким-либо образом заранее запланировано или установлено. Мы можем видеть, что так называемый режим или правила повышенной готовности, на которые теперь ссылается российская исполнительная власть, и эти полномочия, которые были даны правительству, все-таки были введены поправкой от 1 апреля 2020 года². Это все-таки для нас означает, что мы стали жить в некоем новом экстремальном режиме, конечно, совсем неподготовленными. Нормативная база, которая здесь применяется, по сути, не была апробирована, по сути, это все, если позволить себе разговорное выражение, стало происходить «методом научного тыка».

Следующее. Выявили ли мы здесь все изъяны социальных практик и права, и государства, как утверждает Гиренок³, я бы позволил себе, наверное, не вполне согласиться с тезисом известного оригинального, безусловно, российского философа. Все процессы, как мне кажется, которые начались в пандемию, — и дистант, и неотчетливое правовое регулирование, в принципе, уже были заранее даны нам как реальность. Пандемия, возможно, ускорила некоторые тенденции, которые существовали уже и в России, и, в целом, западной модели государственно-правового регулирования.

Еще одной проблемой, которая возникает и которая приходит на ум в связи с происходящим, это, конечно, тоже одна из самых неразработанных философско-правовых проблем, это, конечно, природа и суть чрезвычайного положения. Выявляется ли в чрезвычайном положении, если вспоминать Карла Шмитта, некая суть государства, где исключительный случай выявляет сущность государственного авторитета сильнее всего, где, как он утверждает право отходит на задний план⁴. Здесь есть некое состояние крайней необходимости, ко-

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=-XefVRNkoYU&list=PLDkKT9WydtAXinyo3wfOKES94DTX54gTR&index=3&t=0s>

² СПС Консультант+. П. а. 2), ст. 10. Федеральный закон от 21.12.1994 № 68-ФЗ (ред. от 23.06.2020) «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера»

³ См. *Гиренок Ф.* Свобода и судьба. Что мы поняли благодаря пандемии? М., 2020. С. 10–20.

⁴ *Шмитт К.* Политическая теология. М., 2000. С. 16–17.

торое нужно закрепить, чтобы в целом сохранить порядок. И в этом смысле некая чрезвычайная ситуация и чрезвычайное регулирование оправдывается целями того, чтобы сохранять и стабилизировать государственно-правовой порядок в целом. Или шире сказать, вообще всю социальную ткань. Другое дело, вроде бы мы можем сказать, что в основном общество в широком смысле или конкретные социальные группы в государствах в основном одобряли все те практики, которые были введены и в России, и в Европе. Но природа чрезвычайного положения, если вспоминать, конечно, еще одного из самых, на мой вкус, современных оригинальных мыслителей Джорджо Агамбена, состояние чрезвычайного положения как некая неясная зона используется исторически довольно давно. И мы видим, как он исследует историю чрезвычайного положения, начиная от XIX века, заканчивая фактически Третьим рейхом, где вот это чрезвычайное положение длилось 12 лет, или мысли Агамбена о Патриотическом акте в США после 11 сентября¹. И Агамбен в связи с этим утверждает, что чрезвычайное положение или чрезвычайная ситуация превращаются в некую управленческую технологию, а не в вынужденную меру, как пытаются утверждать некие государства². И проблема выбора и ограничения свобод действительно здесь серьезно заострена. Статья Агамбена, где он заостряет и нравственный аспект происходящего³. Его рассуждения о том, что власти некоторых стран в связи с пандемией не дали людям выбор хоронить или не хоронить своих близких очно, несмотря на ситуацию, конечно, как мне представляется, одно из самых серьезных современных актуальных осмыслений, которые действительно остро ставят проблему. Может быть, он несколько преувеличивает или наигрывает, когда говорит, что со времен Антигоны не было такого, чтобы людям не давали права хоронить своих близких. Но, тем не менее, здесь возникает действительно серьезная нравственная проблема с точки зрения правового регулирования и с точки зрения вообще понимания естественных прав. А могли ли государства в нормативном плане принять подобные решения за людей? Здесь действительно возникает серьезный вопрос между ценностью жизни и вообще нравственным ощущением людей себя как части общества и, прежде всего, малой социальной группы, тесно связанной со своими, прежде всего, родственниками. И, конечно, проблема некоего культа ценности жизни и вот этого поступательного шествия идеологии прав человека, которую мы видели уже давно, и в этой кризисной ситуации она загнала государство в серьезную нравственную проблему, которая,

¹ Агамбен Дж. Homo sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 9.

² Там же. С. 16.

³ <https://centerforpoliticsanalysis.ru/position/read/id/odin-vopros>

пожалуй, не может иметь однозначного решения. И как искать выход и решения в таких экстремальных условиях и тяжелых ситуациях, и какой вариант регулирования здесь является верным, сказать очень трудно. С одной стороны, эпидемиологическое благополучие и ношение масок, например, на улице и установление штрафов этого, с одной стороны, может быть понятным. С другой стороны, например, приложение «Социальный мониторинг»¹, которое использовалось или до сих пор используется в Москве, где нужно периодически посылать фотографии на некий портал, который собирает эту информацию, что подтверждает, видимо, состояние здоровья человека, уже изолированного, вызывает, конечно, вопрос. Законодательство Российской Федерации все-таки исходит из права на лечение, а не из обязанности лечиться. И здесь, может быть, возникают проблемы и с принципом презумпции невиновности, когда мы говорим, что есть некое приложение, которому ты обязан что-то постоянно доказывать, находясь у себя дома. Мы имеем в виду здесь какое-то предварительное состояние виновности. И такой социальный мониторинг внутри своего собственного жилища вызывает большие вопросы и тем более с позитивно-правовой и с естественно-правовой точки зрения. В этом смысле, пожалуй, можно согласиться с философом Пресьядо, который говорит о том, что квартира превратилась в некую камеру бионадзора, где люди стали объектом постоянного наблюдения². И в этом смысле нам, конечно, нужно думать о возможных пределах ограничения прав даже в таких экстремальных ситуациях.

Возможно, государственно-правовая практика находится в некоем режиме цейтнота, где решения принимаются в экстремальной ситуации и разумность тех или иных мер просто не всегда может быть оценена адекватно. Это еще раз показывает нам хрупкость правового регулирования, как ни странно, в целом неуниверсальность права как способа правового регулирования, как вообще некоей модели, которая способна справляться с критическими ситуациями. В теоретико- и философско-правовом смысле пандемия показывает нам все-таки условность веры в правовое регулирование. Несмотря на то, что мейнстримом в правовой научной среде являются утверждения о растущем правовом регулировании, об эффективности правовых норм, и мы не раз все об этом читали, но как раз, как мне представляется, критические ситуации показывают нам совершенно обратное.

Серьезной проблемой стало и, в том числе, соблюдение процессуальных прав, которые уже формировались ни одно столетие. Насколь-

¹ <https://www.mos.ru/city/projects/monitoring/>

² <https://centerforpoliticsanalysis.ru/position/read/id/mjagkaja-tjurma-dobro-pozhalovat-v-domashnju-tele-respubliku>

ко можно считать адекватными дистанционные судебные заседания, которые интенсивно начали практиковаться судебными системами различных государств? С одной стороны, сторонники такого подхода резонно заметят, что правоприменение необходимо осуществлять и оно не может быть поставлено на паузу. Но, с другой стороны, насколько “ковидные процессуальные правила”¹ позволяли осуществлять сторонам свои права в равной мере? Соответствовало ли все это процессуальным нормативным установлениям в полной мере? То с каким оптимизмом часть юридического сообщества восприняла подобные условия работы правоприменителей и правоприменительных органов, прямо скажем, несколько настораживает. Нет никакой уверенности в том, что дистанционное правосудие без личного присутствия или же “усеченное представительство” сторон очно, которое по факту практиковалось, не навеивает аллюзий к спорным временам, которые сейчас принято считать весьма неуспешными с точки зрения процессуальных гарантий. Нельзя однозначно оценить подобную практику как исключительно негативную, но и оценить каков эффект от дистанционности процесса тоже пока трудно. Не ведет ли дистанционность к некоему эрзацу процесса, где формально все соблюдено, но в силу отсутствия психоэмоционального контакта между людьми очно он превращается в крайне отчужденное от сторон действие, где можно вполне сомневаться в справедливости его результата? Если это было лишь временно и вынужденно, то это один вопрос. Но если спустя некоторое время это объявят “прогрессивной находкой”, которую необходимо развивать, то тут нужно будет насторожиться.

Еще раз нужно отметить, что может быть спустя несколько лет комментарий к данной ситуации может быть совсем иным. Возможно, мы увидим некие новые данные, мы увидим и установим некоторые новые зависимости и в естественно-научном, и в социальном смысле. И весьма возможно, те, кто будут думать об этой ситуации спустя время и не будут активными участниками этой ситуации, воспримут ее совершенно по-иному, будучи представителями совершенно разных наук.

¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ, Президиума Совета судей РФ от 18.03.2020 № 808 «О приостановлении личного приема граждан в судах»

Масленников Дмитрий Владимирович

проректор по научной работе Русской христианской
гуманитарной академии (Санкт-Петербург),
доктор философских наук

Идея богочеловека в контексте юридической теологии и философии права¹

Идея права является порождающей моделью изначального синтеза понятий межличностного равенства людей, субстанциальной свободы как высшего дара Бога человеку и абсолютного блага как активной формы единства мироздания. Юридическая теология дает понимание природы абсолютного блага применительно к идее права, основанное на знании *различия* добра и зла. Философия исследует право как форму *различения* добра и зла, свободу как процесс различения, а нравственность как содержание этого процесса. Образцом трактовки идеи Богочеловека в контексте юридической теологии и философии права является гегелевская христология.

Право в его абстрактном выражении является формой отношения одной личности к другой на основании всеобщей идеи свободы и заключается в признании другого как равной мне и свободной личности.

Если, таким образом, в основе права лежит идея свободы, то истинное понимание права зависит от способа трактовки свободы. А именно: или 1) мы понимаем свободу как возможность произвольного выбора, ограниченную произволом другого (в таком случае мы даем понятию свободы негативную интерпретацию в самом широком диапазоне: от античного стоицизма до современной «темной онтологии»), или 2) мы понимаем свободу в рамках христианской традиции как высший, главный, дар Бога человеку, который Бог не хочет, а значит, и не может отнять. В таком случае понятие свободы приобретает аффирмативный смысл и означает высшее определение самой сущности человека, которую человек обязан раскрыть и реализовать в своей *благой* деятельности.

Забегая вперед, скажем, что именно такое понимание свободы (конкретности которого, впрочем, еще нужно достичь) является существенным моментом теодицеи — интеллектуального инструмента, без которого невозможно мыслить мир в его бытии, в его целостности, в его гармонии с человеком. Без него бытие блага и свободы как двух полюсов единой гармонии мира кажется призрачным, а для челове-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 21-011-44055 «Идея Бога и образ теологии в философских дискурсах зрелого модерна и постмодерна»

ка остается лишь один путь — путь смерти. Такой была логика рассуждения Отцов и Учителей Церкви (Василия Великого, Григория Богослова, Епифания Критского) в их критике гностической апологетики зла¹. В наше время эта логика в художественной форме была воспроизведена Ф. М. Достоевским, произведения которого отличал исключительной силы антигностический пафос и которого П. И. Новгородцев не случайно назвал основоположником «своеобразных элементов русской философии права»².

Рассмотрим более подробно указанный вопрос об отношении сущности бытия человека, понятой как абсолютная свобода, и гармонии мироздания.

Свобода личности прежде всего есть возможность самоопределения и способность к самоопределению человека в мире. Самоопределение человека как акт свободы прежде всего полагает единство человеческой личности. Если личность осуществляет акт свободного самоопределения, или иначе, свободного самополагания, то должен быть *субъект* этого акта, т.е. тот, кто полагает, и он должен быть один-единственный. Ведь, если бы на волю человека воздействовало несколько субъектов, кроме него самого, то этот акт уже не был бы актом свободы (хотя для современной философии, причем именно для той, которая принимает концепцию свободы воли как исключительно свободы выбора, вполне приемлема и идея полисубъектности личности человека). Полагать себя как свободную личность значит полагать себя как *единую* личность. Хотя бы потому, что мы полагаем себя именно как субъект свободы, который, как мы указывали, должен быть единым.

Далее. Это единство личности свободного человека (как результат и предпосылка акта полагания себя в качестве свободного) что-то содержательно значит для него лишь как *абсолютное*, всеобъемлющее единство. Оно должно охватывать личность человека целиком, касаться каждого мгновения его жизни и высвечиваться в каждом содержательном моменте жизни, в каждом поступке и в каждом действии. Человек живет в мире и в мире осуществляет эти свои поступки и действия, в которых проявляется его свободная сущность и каждый из которых есть скол, отдельная грань акта его самополагания как свободного человека. Но в таком случае осознание и осуществление им себя

¹ См. подробнее: *Масленников Д. В.* «Злая тьма манихейская...» (гностицизм как источник культа зла в истории европейского общества) // *Образование, экономика, общество.* 2014. № 1–2 (41–42). С. 75–81.

² См. подробнее: *Захарцев С. И., Масленников Д. В., Сальников В. П.* Бытие и рефлексия: онтологические основания права в философии Ф. М. Достоевского // *Мир политики и социологии.* 2018. № 12. С. 157–171.

как свободного, а значит и как единого субъекта, должно предполагать внутреннее единство мира. Человек неразрывен с миром, а значит его *внутреннее единство для него* выступает и как *единство мира*.

Итак, путем простого анализа понятия самоопределения личности как субъекта свободы мы пришли к мысли о том, что возможность свободного самоопределения предполагает единство личности человека и абсолютное единство мира. Для человека это *не два разных единства, а одно*, поскольку его жизнь неотделима от мира, в котором он живет. Таким образом, вопросы о единстве мира, единстве человека, его свободе и деятельности только на первый взгляд различны и говорят о разном. На самом деле они внутренне глубоко взаимосвязаны и даже более того — это *один и тот же* вопрос. Человеческая жизнь у человека только одна и этим определяется необходимость ее единства. Полагание возможности *единства жизни* требует мысли о *единстве бытия*.

Таким образом, понятие свободы человека имплицитно заключает в себе идею единства бытия. Но тогда и осознание своей субстанциальной свободы как блага предполагает отношение к гармонии мира как к *благу*, признание универсальности, *всеобщности*, блага. Ведь, цель свободного человека определяется как благо.

Поскольку речь идет о свободе как абсолютной и субстанциальной (только так можно понять ее в теодицейной перспективе), постольку свобода определяется только абсолютным благом как активной действующей конечной целью — идеей абсолютного добра. Абсолютная гармония мира, само бытие мира, свобода — высший дар Бога человеку — определены идеей *абсолютного* добра. Само «наше мышление (рациональное, художественное, этическое) устроено так, что оно не может обойтись без идеи абсолютного»¹. Поэтому знание *различия* добра и зла, как знание абсолютного различия, а значит и абсолютного единства, является корнем всякого знания и всякого благого действия. «И сказал Господ Бог: вот, Адам стал как один из Нас, зная добро и зло; и теперь как бы не простер он руки своей, и не взял также от дерева жизни, не вкусил, и не стал жить вечно» (Быт. 3:22).

С этим знанием свобода раскрывается для человека как *процесс*, а именно: как процесс *различения* добра и зла и как процесс реализации этого различения. Ведь любое действие человека предполагает *цель*, а добро и зло определяют *предельные* цели всякого действия. Без их различения воля человека к действию будет гетерономна, а не автономна, если использовать терминологию Канта. Ключевое слово здесь — «процесс»: в первом случае свобода понимается только как условие, возможность действия, а значит понимается статически.

¹ Богатырев Д. К. Религии и идеологии. СПб: Русская христианская гуманитарная академия, 2019. С. 111.

Во втором — она понимается как действие познания и как практическое действие на основе этого познания.

Таким образом, *свобода есть процесс различения добра и зла, право — форма этого различения, нравственность — содержание этого различения*. С этой стороны право подобно софистике в ее интерпретации Платоном: соблюдение *формы* постижения истины безотносительно к тому, познается ли при этом сама истина и стремится ли вообще разум ее познать. Если содержание различения добра и зла мы определили как нравственность, то в нашей аналогии это содержание занимает место философского мышления, постигающего истину и стремящегося к ее постижению.

О формальной природе права писали очень много, но важно не забывать и подлинный, т.е. аристотелевский, смысл понятия формы. В качестве *таким образом* поминаемой формы право есть экспликация внутреннего содержания абсолютных идей равенства, свободы и блага: изначальным синтезом понятий межличностного равенства людей, субстанциальной свободы как высшего дара Бога человеку и абсолютного блага как активной формы единства мироздания.

Значит для становления права, т.е. для синтеза этой формы и «материи» общественных отношений, необходима проявленность указанных трех идей и проявленность их синтеза в действительность. Чтобы праву стать активной формой, сама эта форма должна проявить себя как эйдос, т.е. проявить себя как «порождающая модель» (по выражению А. Ф. Лосева) общественных отношений. *Исторически* этот синтез и его проявление, т.е. становление его как формы, образа единства идеи блага и идеи личности (включающей в себя идею равенства и свободы), *осуществляется* в явлении Богочеловека и связанного с этим Преображения (т.е. изменения образа) Человека, со становлением его как *личности*.

Подчеркнем, однако, что право является не формой процесса различения добра и зла (другими словами, оно не является формой свободы), а является формой *самого различения* добра и зла, формой результатов этого различения. При этом оно не является также формой их *различия*. В таком случае, *результат* (или один из результатов) различения добра и зла мы можем определить как систему нравственно-правовых *ценностей*.

Для нас здесь очень важно удержать эти нюансы «различия» и «различения» добра и зла. Первое есть *объективность* разности добра и зла, второе — *субъективный* процесс ее установления. Адам не вводил различия добра и зла. Он лишь *познал* это различие. А потом на основании этого знания смог различать добро и зло и фиксировать конкретные формы этого различения. Таким образом, он стал обладать, сначала, знанием различия добра и зла, а потом и знанием результатов процесса различения добра и зла.

Как нам представляется, различие объектов определяет различие способов их познания и различие научных дисциплин. В данном случае речь идет о различии теологии и философии, или применительно к интересу правовой мысли, о различии юридической теологии и философии права. Различие между этими двумя сферами знания заключено в отношении к самому главному в познании — к истине. Теология начинается там, где мышление получает монополию на абсолютную истину — философия заканчивается там, где эта монополия устанавливается. Теология возводит в понятие форму различия добра и зла. Философия возводит в понятие форму различения добра и зла.

Рефлексия абсолютного добра в его всеобщей форме (благо) или в особенной форме (ценности) дает знание основания (или условия) права, но не дает знания самого права, не дает знания его содержания. Таков результат, который может получить теологическое познание. Другими словами, юридическая теология обосновывает право, но не объясняет его.

Напротив, философия права, рефлектирующая форму различения добра и зла и форму процесса этого различения, объясняет, но не обосновывает право. «Философия права дедуктивно выстраивает учение о праве, ориентируясь на желательный для мыслителя идеал»¹.

Считаем, что соотношение между юридической теологией и философией права, соотношение их задач и методов нуждается в следующем более детальном анализе.

Как пример юридической теологии можно рассмотреть христологию Гегеля с учетом экспликации ее теоретико-правовых смыслов. Что, в свою очередь, предполагает реконструкцию гегелевского учения о соотношении времени и вечности² и в этом контексте реконструкцию гегелевской дедукции понятия права. Наметим основные моменты этого содержания, которые, к тому же, вернут нас к поставленному выше вопросу о единстве диалектики субъективного и объективного в абсолютности свободы и абсолютности единства мира.

Единство человека для него самого проявляется прежде всего через противопоставление абсолютной бесконечной множественности (а именно: множественности моментов *времени*) и в возвышении над ней.

¹ Фролова Е. А. Национальные основания права. Классика и современность. М.: Проспект, 2020. С. 25.

² См.: Масленников Д. В. Время и вечность в Царстве Отца, Царстве Сына и Царстве Святого Духа (богословский и философский аспект в гегелевской философии религии) // Вестник Русской христианской гуманитарной академии. 2020. Т. 21. № 4–1. С. 174–183.

Человеком это противопоставление своего внутреннего единства множественности бытия осознается в форме *границы* во времени — *смерти*. Но это еще совершенно абстрактное единство, поскольку оно противопоставлено абстрактной множественности «дурной бесконечности». Поэтому и утверждение его, являющееся своего рода манифестацией единства и свободы личности, возможно лишь путем полагания лишь *абстрактной границы* своего бытия в акте героической смерти. Здесь, конечно, уже заключен духовный смысл, суть которого в утверждении свободы как источника и исхода множественности бытия. Но этот смысл еще совершенно абстрактен, а потому не может стать всеобщим законом. Как не может вырасти право из «утонченного героизма» Ницше. Смерть — противоположность свободы, и здесь заложено трагическое противоречие с духовным смыслом героизма.

Для того, чтобы уйти от этой абстрактности бытия, смерти и вытекающей отсюда всеобщей противоречивости, человек должен иметь антитезой своего единства не абстрактную внеположность времени как формы множественности бытия, а конкретное единство духовного начала природы, общества и самого человека, раскрывающуюся в диалектике времени и вечности. Это единство само полагает себе форму множественности и само снимает ее, в таком случае все многообразие формы природы, жизни, бесконечности мгновений времени и точек пространства, оказываются лишь результатом этого единства и обретают свою *форму результата* в духовной деятельности человека, в лице которого природа, по Шеллингу, осознает сама себя.

Однако такое видение единства мира и соответствующая этому видению социальная практика не могла быть дана человеку изначально, а требовала исторического развития. Так, античная мысль прошла путь в постижении природы единства мира и человека от абстрактности пифагорейского числа до конкретности перипатетического понятия космического разума, мыслящего самого себя. Христианское мышление в целом воспринимает подход, заложенный в идеалистической философии Платона и Аристотеля. Ведь недаром этих философов (правда, в западной традиции) именовали «христианами до Христа». Но при этом христианство многократно усиливает то, что в античной философии присутствовало лишь вскользь, намеком, а именно: понимание нравственной природы высшей сущности бытия. Более того — его личностной природы.

Отныне Бог понимается не как некая всемирная природная сила, каким его в общем и целом представляли себе греки, а как духовное начало мира. Даже в своем высшем результате греческая религиозность, проявившаяся в философском представлении о высшем божестве как о всеобщем космическом Уме (Анаксагор), абсолютной идее (Платон), мышлении-перводвигателе (Аристотель), еще, в сущности, представляла его себе как некую природную силу, не выходя в сво-

ем понимании за пределы представлений об абстрактном единстве. И только в христианстве это единство мира обнаруживает себя как силу нравственную.

Античное мышление, сфокусированное на проблеме единства единого и многого, понимало абсолютное добро как идею всякого справедливого действия. Зло же понималось как нечто не субстанциальное, т.е. как то, что не является бытием в парменидовском значении, а именно: не является тождеством мышления бытия. Зло в точном смысле этого слова *не есть*, поскольку не может быть идеи зла.

Христианское мышление, восприняв такую трактовку, развивает ее в дискурсе теодицеи: зла нет, поскольку мир сотворен Богом, несущим в себе начало абсолютного добра. Это содержание развивалось христианским мышлением в полемике с гностиками, утверждавшими, что добро и зло — это две равных субстанции мира. Идея гностиков о дуализме двух субстанций означала разрыв с восходящей к Пармениду античной традицией понимания бытия как единого и единственного мышления бытия. Фактически, она вела, как показали это Отцы и Учителя Церкви к представлению о том, что зло, имея отрицательную природу, в бесконечности времени неизбежно поглотило бы добро. Таким образом, гностический дуализм добра и зла — это, на деле, скрытая форма апологетики зла. Зло связывалось христианами авторами не с первосубстанцией, а исключительно со свободой воли разумных существ, которую они могут реализовать, следуя познанному ими началу блага или же в противоположность ему, что и составляет зло. В христианском понимании свободы синтезируется, фокусируется одновременно и античное представление о всеобщей гармонии мира, и идея личности, которой не знала античность.

Бог как духовное первоначало мира раскрывает себя миру (раскрывает себя, вообще, составляет природу духовного), воплощаясь в Богочеловеке. Только человек есть то, что может раскрыть собою во всей полноте духовную природу Бога и единства мира. Но для этого он должен быть абсолютно совершенным человеком, опять-таки совершенным не в физическом, а в нравственном смысле. Только Христос являет Собою во всей полноте и целостности как идею личности, сочетающей в себе начала единства и свободы, так и идею абсолютного блага (эманацией которой является система нравственности).

А значит, Он дает этим идеям, в синтезе составляющим понятие права, *форму* порождающей модели, *порождающей модели права*.

Но абсолютности эта форма достигает лишь после крестной муки и Воскресения Богочеловека. В пределах философского дискурса Г. В. Ф. Гегель писал об этом так: «Для истинного сознания духа в смерти Христа уничтожена конечность человека. Эта смерть природного имеет, таким образом, всеобщее значение; уничтожено конечное, вообще уничтожено зло. Таким образом, мир примирен, благодаря

этой смерти мир *в себе* освобожден от зла. В истинном понимании смерти появляется, таким образом, *отношение субъекта как такового*. Здесь прекращается простое *рассмотрение* истории, субъект сам вовлекается в процесс, он чувствует боль зла и своего собственного отчуждения, которые Христос взял на себя, приняв человеческий образ, но и своей смертью уничтожил»¹.

Это *истинное* понимание смерти, в котором «появляется отношение субъекта как такового», заключает в себе не просто понимание человеком диалектики конечного и бесконечного, вечного и временного, единичного и абсолютного, но и деятельное включение в нее. Бог полагает свою абсолютную конечность, воплощаясь в конечном человеке и снимая посредством смерти эту конечную человеческую природу. Однако эта конечность положена самим бесконечным, положена единством, различающим себя во множественность и возвращающемся из нее обратно в единство, а потому заключает в себе и снятие себя как конечного. Сама смерть отрицается через Воскресение Христа, которое есть именно духовный акт. Тем самым диалектика снятия конечного, положенная в сфере конечного духа (в истории Христа как Бога и как человека, в истории личности), переходит в диалектику становления духа как *социальной* формы отношения между людьми.

Поэтому лишь после крестной муки и Воскресения Христа и появления «отношения субъекта как такового», последующей за этим явленности Бога Святого Духа и становления духовно освященной церковной общины, формируется действительный субъект исторического процесса и субъект права. И не случайно само право приобретает свою совершенную и завершённую форму именно в православной империи Юстиниана. Существовало ли право до Христа? В ограниченных рамках статьи на эти вопросы проще всего ответить, используя категориальный аппарат гегелевской философии, и обозначив дохристианские системы «юридических» норм как право-в-себе. Правом-для-себя право становится лишь с формированием идеи личности и идеи свободы как абсолюта, а это уже чисто христианские понятия. Право как форма проявления в мире абсолютного добра становится возможным лишь тогда, когда «мир *в себе* освобожден от зла». Вслед за Гегелем можно сказать, что когда мир-в-себе был освобожден от зла, стал возможным переход от права-в-себе в право-для-себя. Когда от зла будет освобожден мир-для-себя, право станет излишним.

В эпоху Просвещения идею права связывали прежде всего с правами человека и даже дедуцировали ее из этих прав. В действительности дело обстоит прямо противоположным образом: права человека не первичны по отношению к праву, а производны от него. Первый человек не имел

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия религии в двух томах. Т. 2. М.: Мысль, 1977. С. 293.

прав, поскольку не противопоставлял себя другому субъекту (Богу или человеку) и не знал отличия добра и зла. Грехопадение — это не только отчуждение человека от Бога, но и отчуждение человека от человека. Если и можно говорить о правах человека как об источнике права, то в таком аспекте точнее всего было бы вести речь исключительно о праве Богочеловека. (Отсюда, кстати, следует, что права Бога также должны быть закреплены в позитивном законодательстве, как и права человека. По крайней мере, закон о защите прав верующих должен быть дополнен законом о наказании за богохульство).

Воскресение Богочеловека преодолевает отчуждение человека от Бога и дает истинную форму для преодоления отчуждения человека от человека. Человек как личность полагает себе *границу*. Поскольку он *сам* полагает себе границу, он осознает себя в качестве всеобщего, внутренне неограниченного и свободного субъекта. А значит, полагает себя как действительного человека. Ведь, только то, что имеет границу, имеет определение и образ. Поскольку человек осознает себя как осуществляемую свободу, он полагает эту границу и своей свободе.

Абстрактная и абсолютная в этой свой абстрактности граница личности и граница ее свободы — это смерть. Поэтому все виды права-в-себе были так или иначе экспликацией отношения человека к смерти: принцип талиона в его предельности — обмен смерти на смерть, рыцарский поединок как «суд Божий» имеет тоже самое основание. Можно сказать, что право-в-себе — это форма отношения человека к жизни и смерти, право-для-себя — форма отношения к вечной жизни.

Христос, побеждая смерть и утверждая человека над смертью, не только делает его абсолютно свободным (в том числе и от смерти, без чего свобода не является абсолютной), но и дает истинную форму границы личности: ею становится свобода другой личности. Полагая отношение к другому как к свободной личности, человек тем самым определяет и себя как свободную личность. Не абстрактная смерть, а конкретная свобода конкретного человека становится способом и формой отношения человека к своему абсолютному единству. Объектом, через отношение к которому самоутверждается субъект права, выступает не дурная бесконечность времени, а истинная бесконечность духа.

Значит, лежащий в основе отношений права акт признания Другого равным себе получает адекватного субъекта, который в «Философии права» Гегеля определялся как «личность»: «Всеобщность этой для себя свободной воли есть формальное, самосознательное, в остальном лишенное содержания простое соотношение с собой в своей единичности, тем самым субъект есть лицо (Person)¹. И далее: «В личности заключено, что я... знаю себя в конечности

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 97.

бесконечным, всеобщим и свободным... Индивиды и народы еще не обладают личностью, пока они еще не достигли этого чистого мышления и знания о себе»¹.

Таким образом, в «Философии права» Гегель говорит о том, что уровень определения и самоопределения человека в качестве личности, лица, должен быть достигнут исторически. А в «Философии религии» связывает эту историческую точку со смертью и воскресением Богочеловека. Здесь нужно пояснить смысл понимания исторического Гегелем.

Гегель был первым, кто наполнил категориальным содержанием два термина, одинаково переводимые у нас словом «история»: «Historie» и «Geschichte». «Historie» — это история как простая непосредственная данность. Те, кто трактуют историю только в смысле «Historie», способны лишь описывать ее явления, все снова и снова возвращаясь к вопросу о том, какое из этих явлений заслуживает названия исторического, а какое нет. Между такими явлениями можно установить взаимосвязь, но понять их смысл невозможно. В противоположность этому понятие «Geschichte», впервые наполненное категориальным смыслом именно Гегелем, предполагает единство прошедшего и настоящего, объединенное духовным содержанием. «В понятии историчности (Geschichtlichkeit) историческое сознание приходит к самоизображению и самовыражению, что впервые становится возможно лишь вместе со становлением христианства»².

Таким образом, для автора «Философии права» историческое — это не только то, что было во времени и потому прошло, но и то, что пребывает в вечности, а конкретно: в форме Священной истории Христа и в таинстве священной литургии. Литургия не просто представляет в символической форме Священную историю, но буквально воспроизводит ее. А через причастие Телу и Крови Христовой каждый верующий утверждает в себе личность — «бесконечного, всеобщего и свободного субъекта». «Здесь прекращается простое *рассмотрение* истории, субъект сам вовлекается в процесс...»

Таким образом, лишь с признанием Воскресения Христа и с пониманием значения этого всемирно-исторического события раскрывается смысл кантовского определения права как «совокупности условий, при которых произвол одного лица совместим с произволом другого лица с точки зрения всеобщего закона свободы»³.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 97.

² Rente-Fink I. Geschichtlichkeit. Ihr terminologischer und begrifflicher Ursprung bei Hegel, Naum, Diltey und York. Göttingen, 1964. S. 142.

³ Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб: «Наука», 1995. С. 285.

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

Янаки Стоилов

*профессор кафедры теории и истории государства и права
Юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
профессор, доктор права (Республика Болгария)*

Принципы права: ценностный и телеологический подход

«Принцип» в правовой теории

Проблема принципов становится особенно актуальной в теории права около полувека назад. Но намного раньше она рассматривается самостоятельно или как часть той или иной темы. Внимательный анализ как формирования и развития права, так и философских и правовых учений о нем демонстрирует, что идея принципов была присуща праву и теории права во все периоды их существования. Правовые принципы гораздо старше термина, которым мы обозначаем их сегодня. Этимология используемых слов и история терминологии являются лучшими ориентирами для изучения истории понимания и использования принципов. Необходимо учитывать, что прилагательное «правовой» относится к существительному «принцип», то есть правовые принципы не изолированы от других видов принципов. По этой причине при конструировании понятия «правовой принцип» следует учитывать установившееся понимание принципа в целом.

Существует несколько значений, имеющих у данного термина. Принцип — это: 1) истина, положение, на котором строится данная теория, учение; 2) внутреннее убеждение или взгляд, руководящее начало действия, поведения; 3) общий закон, основа действия данного устройства, механизма, машины¹. Из этих значений первое и третье не относятся к исследуемой проблеме, так как одно из них отводит

¹ *Андрейчин Л., Георгиев Л., Илчев С., Костов Н., Леков И., Стойков Ст., Тодоров Цв.* Български тълковен речник. 4. изд. София: Наука и изкуство, 1994, с. 758.

главную роль принципам, но в процессе познания, а другое — в области механики. К рассматриваемой теме имеет отношение часть второго значения, а именно понимание принципа как руководящего начала действия, поведения.

Право — общественный феномен, регулирующий поведение людей. Принципы, в том числе принципы права, участвуют в этом процессе. Иными словами, принципы в целом и принципы права, в частности, — это руководящие начала поведения. Определение принципов права как руководящих идей или начал преобладает в болгарской юридической литературе¹. Они образно сравниваются с «путеводной звездой» для законодателя в отношении направления урегулирования определенных общественных отношений. Это верно, но недостаточно для того, чтобы полностью раскрыть сущность, предназначение и образ действия принципов права.

Термин «принцип» происходит от немецкого *Prinzip*, а он в свою очередь от латинского *principium* (основной, верховный). Однако представление о принципах в той степени, в которой оно существовало в Древнем Риме, обозначалось другими терминами. Понятие принципа формируется в результате накопления социального опыта и развития абстрактного мышления.

В большинстве сочинений о римском праве для обозначения принципов используется два термина — *praecepta* и *regula*². «Прецепта» обычно переводится как предписание, но иногда и как принцип. Согласно первой книге Дигест, включившей в себя знаменитые изречения Ульпиана, предписания права суть следующие: жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит. Эти предписания в значительной степени представляют морально-правовой облик нормативного урегулирования с древних времен до настоящего времени. В свою очередь *regula iuris* переводится большинством специалистов по романистике как абстрактный принцип права, предназначенный для отправления правосудия или применяемый в императорских конституциях. «Слово *regula* происходит от корня глагола «*regere*» (направлять, вести), связанного со словом «*rectus*» (прямой, правильный). *Regula* означает и определенный равный/прямой инструмент из дерева или железа. Таким образом, это слово начинает также обозначать «метр» как единицу измерения, то есть делается отсылка к греческому слову «канон» (стандартная мера). Постепенно «*regula*» начинает означать критерий для оценки,

¹ См. подробный обзор данных точек зрения в: Пенчев Г. Принципы на българското екологично право. София: Фондация «Граждани на новата епоха», 2017, с. 19–20, под чертой.

² Новкиришка-Стоянова М. *Praecepta iuris* — принципи на римското право? // Научни четения на тема «Правни норми и правни принципи», с. 101.

является ли что-то правильным или нет (добро это или зло). Во всех этих случаях «*regula*» следует воспринимать как «стандарт» или «критерий», но не как «правило»¹.

С начала первого тысячелетия при летоисчислении от Р.Х. «*regula*» используется для обозначения «юридического правила» и «определения» данного понятия. Но «не из правила формируется право, а из действующего права создается правило — *regula*» (книга L, титул XVII Дигест). Принцип не является производным от правила, хотя иногда принцип выводится из положения, в котором содержится правило. В современных системах права, особенно в кодифицированных и в области публичного права, связь в начале является обратной: принцип конкретизируется во множестве правил, в которых он получает развитие и через которые реализуется. В поздний классический период римского государства слово «*regula*» (правило) начало относиться к иному типу предположений, а именно к абстрактным максимам, которые часто в популярной форме выражали принцип, стоящий в основе различных юридических правил. В семантическом плане слово «*regula*» имеет сложное содержание, этот термин используется для обозначения нормы-принципа с описательным характером и для обозначения нормы-правила в узком смысле, имеющего характер конкретного предписания. Следовательно, «*regula*» из Дигестов приобретает двойное значение — правила поведения и принципа. Оказывается, что уже в эту раннюю эпоху, по крайней мере в определенной культуре и географическом ареале, сформировались представления о различной роли правил и принципов, но эти термины еще не стали самостоятельными понятиями.

Данная традиция и тенденция сохраняются и в эпоху Средневековья. Согласно голландскому юристу XVI века Эверхарду ван Бронхорсту (Everhard van Bronkhorst), «регулы» позволяли практикующим юристам решать казусы. Они представляли собой готовые аксиомы, применяемые дедуктивным методом и представляли собой первые принципы права (*prima iuris principia*).

Переход к современным системам права демонстрирует преемственность в понимании принципов и правил. В XIX веке происходит их рационализация и освобождение от религиозных наслоений. По мнению Фридриха Шталя, принципы права — это цели, присущие житейским отношениям². Конституционализация и кодификация пра-

¹ *Stein P.* *Regulae Iuris — From Juristic Rules to Legal Maxims.* Edinburgh: at the University Press, 1966, p. 51–53.

² *Stahl Fr.* *The Philosophy of Law. The Doctrine of Law and State on the Basis of the Christian World-View.* Book II. *Principals of Law.* Aalten: WordBridge Publishing, 2007, p.18.

ва способствуют утверждению принципов права и их роли в правовом регулировании.

В ряде правовых исследований — общетеоретических и отраслевых — в первой половине XX века принципы все более отчетливо обособляются от остальных норм. Принципы определяются как нормы, имеющие большое значение для правового порядка, поскольку они устанавливают нормативные основы толкования и применения права. Принципы демонстрируют метод нахождения правил¹. В болгарской теории права в эти годы принципы воспринимались как основание права или познания права. В первом случае такое основание находилось в справедливости², а во втором — в правовых понятиях³.

В последние десятилетия XX и в начале XXI века теория права, прежде всего в лице Рональда Дворкина, Роберта Алекси, Джозефа Раза и Умберто Авила, обращает все большее внимание на принципы права. Они становятся предметом исследования в монографиях и периодических изданиях, обсуждаются на соответствующих тематических секциях форумов по философии и теории права. Вопрос о правовых принципах является в настоящее время одним из самых обсуждаемых в юридической литературе⁴. Проблематика принципов права представлена и в современной болгарской теории права, но преимущественно в профилирующих областях — гражданском, конституционном, административном, процессуальном праве. В последнее время, однако, общетеоретические исследования, а также исследования права Европейского союза занимают подобающее место, и надеюсь, они станут хорошим ориентиром в познании принципов отдельными ветвями теории права и их применения в юридической практике.

Термин «принцип» в законодательной и судебной практике

Термин «принцип» помимо теоретического является и юридическим термином. В болгарском законодательстве он встречается в двух вариантах — «принципы» и «основные начала».

Первая глава Конституции Республики Болгарии имеет заглавие «Основные начала». В Конституции также употребляется термин «принцип»: в верховный принцип возводятся права личности, ее достоинство и безопасность; ч. 1 ст. 11 декларирует, что политическая жизнь в Республике Болгарии основывается на принципе политического плюрализма; согласно ч. 1 ст. 24, внешняя политика Республики Болгарии

¹ Larenz K. *Richtiges Recht*. Munich: Beck, 1979. Цит. по Avila H. *Theory of Legal Principles*. Berlin Springer, 2007, 8–9.

² Торбов Ц. Основният принцип на правото. Право и справедливост. С.: Век-22, 1992, 207–216. (Основной принцип права. Право и справедливость).

³ Ганев В. Правото като наука // Адвокатски преглед, 2016, № 10, с. 9–12.

⁴ Мальцев Г. Социальные основания права. Москва: Норма, 2007, с. 661.

осуществляется в соответствии с принципами и нормами международного права. Сравнение цитируемых текстов показывает, что оба термина используются с одним и тем же значением в смысле принципа. Кроме того, Конституция содержит и другие принципы, не называя их. Следовательно, в ней используется разнообразная терминология, которая, однако, направляет нас к одному и тому же семантическому полю.

Отмеченная двойная терминология встречается в законах и кодексах действующего болгарского права. В то время как в ч. 1 и 2 ст. 46 Закона о нормативных актах и ст. 5 Гражданского процессуального кодекса используется термин «основные начала», в наименованиях подразделений Уголовно-процессуального кодекса и Административно-процессуального кодекса — термин «основные принципы», а в ст. 2 Семейного кодекса и в ряде законов — «принципы». Большинство законов, содержащих принципы, было принято в последние два десятилетия. Следовательно, терминологические различия не являются историческими. На мой взгляд, традиция, утвердившаяся в отдельных отраслях права, оказалась сильнее оправданного ожидания унификации терминологии. Два термина — «принципы» и «основные начала» имеют синонимическое значение. В новейшее время в законодательстве все чаще используется термин «принцип». Например, в Законе об администрации, Законе о защите окружающей среды, Законе о здравоохранении, Законе о бухгалтерском учете, Законе о доступе к общественной информации и ряде других. Часто употребляемое в сочетании с некоторыми принципами прилагательное «основные» следует понимать в рамках соответствующей отрасли, поскольку в ином случае категория «основные принципы» относится к праву в целом или по крайней мере к группе отдельных отраслей.

В Республике Болгарии действуют более двадцати кодексов, при этом треть из них — это ставшие модными в последнее время этические кодексы, регламентирующие поведение лиц, занимающихся определенными профессиями (магистраты, судебный персонал, сотрудники МВД, врачи и др.). Не считая последней группы, в более чем половине кодексов содержатся тексты, называющие принципы права. Есть более трехсот действующих законов (кроме ежегодных законов о государственном бюджете, о бюджете на нужды социального обеспечения и страхования, а также здравоохранения, кроме международных договоров, стороной которых является Республика Болгария, кроме нормативных актов Европейского союза и подзаконных нормативных актов). Приблизительно в пятидесяти из них содержатся принципы права. Производит впечатление тот факт, что особенно сильно число законных принципов, как и, на мой взгляд, увлечение принципами, выросло в последние 10–15 лет. Например, дошло до того, что в ст. 23 Закона об энергетике перечислены 15 принципов, которыми руководствуется энергетическое ведомство, в следующей статье они дополняются еще

несколькими, необходимыми для осуществления отдельных полномочий. Эти принципы были прописаны в принятых в 2012 г. поправках в Закон об энергетике, а в начале 2013 г. массовые протесты, вызванные в том числе недовольством ценами на электроэнергию, привели к отставке правительства. Это спровоцировало вопрос, с какими целями используются принципы права и оказывают ли они какое-либо влияние на правовое регулирование. Принципы, хотя и редко, уже встречаются в подзаконных нормативных актах. Более уместной для национально-го законодательства является формулировка принципов права только на уровне законов (в Конституции, кодексах, законах)¹. В любом случае необходимо представить аргументы, если в качестве исключения принципы должны быть установлены на уровне подзаконных актов.

Термин «принцип» используется и в основополагающих актах международного права и права Европейского союза. Первая глава Устава Организации Объединенных Наций озаглавлена «Цели и принципы», а соответствующие принципы содержатся в статьях 1 и 2 данной главы. Статья 38 (часть 1) Статута Международного суда ООН в ряду актов, применяемых для решения споров, перечисляет «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Договор о Европейском союзе (Раздел I «Общие положения» — п. 2 ст. 1, п. 3 ст. 4, п. 1 ст. 5 и др.) и Хартия Европейского союза об основных правах в нескольких местах ссылаются на принципы. Следовательно, принципы являются юридическим термином как национального, так и международного права, а также права ЕС.

Принципы имеют место и в сфере правоприменения. Даже в континентальной системе права, для которой не характерно понятие судебного прецедента, принципы иногда служат обоснованием и решением различных казусов. Практика конституционных и верховных судов предлагает наибольшее количество примеров прямого действия принципов. Значительно возрастает роль принципов права в утверждении и развитии правового порядка в ЕС через решения Суда Европейских сообществ (Суда ЕС). Следовательно, принципы права являются не только частью содержания источников права, но и областью применения права.

Место принципов среди стандартов права

Термин «стандарт» встречается в нормативно-правовых источниках. Этим или иным подобным наименованием обозначаются некие, чаще всего количественно определенные параметры, которым должны соот-

¹ Пенчев Г. Някои дискуссионни научни тези относно принципите на правото и значението им за екологичното законодателство // Научни четения на тема «Правни норми и правни принципи», 139–140, где изложены соображения о том, почему принципы должны включаться в законы, а не в подзаконные акты.

ветствовать данные продукты и процессы. Эти технические и технологические требования становятся юридически обязывающими и действуют так же, как и остальные юридические правила. Например, в медицине стандартом диагностики и лечения определенного заболевания являются так называемые клинические протоколы. Каждый из них включает в себя определенные требования, предъявляемые к медицинскому персоналу при выполнении стандартизированных процедур, и устанавливает соответствующие цены за совершенные действия. Этот стандарт оспаривается многими специалистами в области здравоохранения как неподходящий для определения норм лечения не просто заболеваний, а пациентов, а также для оценки понесенных расходов. В замену предлагается перейти к иному виду стандартов, коими являются диагностически связанные группы. Используемый пример показателен и в другом смысле — чем более высокими и удачно определенными являются стандарты человеческой деятельности, тем более качественной она будет, и тем легче будет оценивать ее результаты. Указанное значение понятия «стандарт» прочно утвердилось в нормативной лексике и не может быть проигнорировано со стороны теории права.

В последнее время в теории права также утверждается другое, намного более широкое и концептуальное значение термина «стандарт». Заслуга его появления в правовой лексике принадлежит Р. Дворкину, который оспаривает тезис о том, что нормы права являются единственным средством регулирования поведения, и ставит юридические правила в один ряд с различными видами правовых стандартов. Таким образом, правила сближаются с принципами и политикой. Я осознаю неудобство, вызванное любой двусмысленностью в терминологии, однако теория права использует термины, имеющие двойное значение. Например, термин «закон» употребляется в двух значениях — вид источника права и любой нормативный акт. Неудобство двусмысленности обычно преодолевается при помощи смысла, которое термин приобретает в определенном контексте. Значение термина «стандарт» в широком смысле скорее теоретическое, нежели юридическое. Оно охватывает разнообразие средств, с помощью которых моделируется поведение человека. Отнесение принципов к правовым стандартам зависит от того, обладают ли они нормативными свойствами.

Принципы как идеи права

Учения о праве различаются прежде всего по тому, признают ли они юридическое значение ценностных и идейных ориентиров или придерживаются концепции правомерности, оставляющей их за пределами теории и практики права. Однако в любом случае связь между ценностями и правом существует.

Ценность — это категория этики, соответственно, аксиологии, а идеи — политики, соответственно, политологии. Таковыми, напри-

мер, являются ценности свободы, равенства, достоинства, идеи верховенства конституции, независимости судов и т.п. Ценности и идеи ведут общество по пути от существующего к подобающему. Право и его формы располагаются между существующей и будущей (необходимой, желаемой и ценной) действительностью¹. Ценности являются отражением определенных потребностей и соответствующих им благ. Ценность — наиболее абстрактное выражение данной зависимости. Обычно после своего появления идея часто формируется в виде правового принципа, а принцип направляет развитие права². Ценности исполняют роль правообразующего фактора³. В дебаты о ценностях как правообразующем факторе вступает религия, которая оставляет глубокий отпечаток на морали⁴. Ценности являются частью духовного мира общества, идеальным первообразом принципов и мотивом их установления. Ценность по сравнению с принципом имеет более концентрированный смысл, но в то же время — меньшую определенность⁵.

В практическом плане ценности и идеи дают толчок развитию права. Во многих отношениях они являются его «душой», без которой право — это лишь инструмент властного воздействия и технология социального управления. Но сами по себе идеи о праве, более общие или более конкретные, все еще не являются правом. Правовое сознание — носитель многих идей о праве. Часть ценностей и идей превратились в его принципы. Этот факт заставляет многих авторов определять принципы как руководящие идеи. Часть исследователей рассматривают принципы как идеи, предшествующие праву и закладывающие его основы. Они помещают их в социальную действительность и/или в сознание людей. В этом смысле, по мнению некоторых авторов, истинные принципы, истинные начала римского права являются основными взглядами на право и справедливость, того, из чего проистекают правила системы римского права⁶. Общие принципы и нормы действующего или позитивного права не являются ничем иным, кроме как выражением верховного требования справедливости к человеческому разуму, хотя это выражение не явля-

¹ *Неновски Н.* Право и ценности. М., 1987. С. 46. Данному автору принадлежит заслуга в введении ценностного подхода к праву в Болгарии, хотя он не упоминает принципы права как основного носителя ценностного содержания права.

² *Лившиц Р.* Теория права. Москва: Наука, 1994, с. 195.

³ *Колев Т.* Ценностите като правообразуващ фактор. Историческо развитие на идеята за ценностите в правото // *Правен преглед / Law Review*, январь 2017, с. 26.

⁴ *Колев Т.* Християнските ценности като правообразуващ фактор. София: Сиела, 2017, с. 17.

⁵ *Колев Т.* Ценностите като правообразуващ фактор, с. 26.

⁶ *The Common Law Library. General Principles. Vol. I. Twenty-Second Edition. Gen. Editor J. Morris. London: Sweet & Maxwell, 1961, p. 1.*

ется совершенным¹. Принципы — это интеллектуальные основания права и законодательства, общественно обоснованные и необходимые идеи, фундамент, с которого начинается создание и применение норм права. В этом смысле принципы являются неотъемлемой частью правосознания.

Иногда принципы права отделяются от принципов правосознания по формальному признаку: принципы права закреплены в общих юридических нормах, а принципы правосознания проявляются косвенно, во внутреннем содержании норм, пронизывающих своей сущностью всю правовую материю. Однако в отличие от принципов права правосознание является системой идей, взглядов, точек зрения на необходимое и желаемое содержание права². Для меня бесспорным является тот факт, что идеи о праве оказывают влияние на его развитие и применение, но сами по себе они неспособны (юридически) регулировать поведение субъектов. По крайней мере, пока они не приобретут правовое признание и правовое качество через принципы права. Уже став частью права, его принципы помимо роли регулятора поведения субъектов оказывают ценностное влияние на их сознание.

Существует точка зрения, которая относит принципы права к специализированному юридическому сознанию, согласно которому принципы права есть отраженные в категориях правового сознания профессиональных юристов нормы юридического сообщества, обобщающие правила, которые определяют границу и форму перехода общественных отношений в правовые. Подобное понимание включает принципы в систему права, потому что они, хотя и не имеют юридической силы, являются логически правомерными³. Согласно той же точке зрения, принципы являются руководящими идеями для аргументации и обоснования при принятии юридического решения касательно формулировки и действия норм права⁴. Эти идеи, квалифицированные как вид правил (*norms*) дают основание причислить авторов, разделяющих их, к группе признающих нормативную роль правовых принципов⁵.

¹ Торбов Ц. История и теория на правото. София: Изд. на БАН, 1992, с. 365. (История и теория права).

² Средкова Кр. Осигурително право. 5 прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2012, с. 114.

³ См. Ташев Р. Към понятието за правен принцип // Съвременно право, 2011, № 6, с. 37–38, 40.

⁴ Маринова Св. Цит. соч., с. 78. Схожую позицию выражает Р.Ташев (Цит. соч., с. 39) с той разницей, что, по его мнению, называние принципов права «идеями» делает неустойчивым его значение «вид правил (норм)» для юридической аргументации.

⁵ Ср. Ташев Р. Към понятието за правен принцип... и Ташев Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. 4 прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2010, с. 212. Сам он определяет понятие принципа права как «утвержденное моральное, политическое

Другая часть исследователей, определяющих принципы права через идеи, придают этим идеям нормативное значение. Идеи уже являются самим духом права и закона¹. Принцип — это не просто взгляд или идея; это и нечто большее — руководящее правило, являющееся частью объективного права². Это выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала³. Принципы — это общепризнанные основополагающие идеи, обладающие императивностью⁴. Можно утверждать, что все принципы императивны, поскольку императивность — качество, заложенное в принцип генетически⁵. Даже когда принципы сводятся к средствам юридического обоснования, признается их универсальность, из чего следует, что они являются основой, на которой любой субъект права (не только профессиональные юристы, работающие в области правоприменения) устанавливает сходство между своим поведением и утвержденными типами поведения⁶.

Общим в приведенных точках зрения является то, что принципы права, в том числе идеи, являются всеобщими и обязательными, что помимо значения для права придает им действие в праве.

Следовательно, основное различие в подходе к принципам права заключается не в том, каким образом они определяются — как ценности и идеи, или с помощью иных категорий, а в зависимости от того, признается ли наличие у принципов правового качества, ergo являются ли они частью права и правового регулирования.

Ценности как содержание принципов права

В принципах права отражено большое количество ценностей и идей, вследствие чего эти ценности и идеи становятся частью права и приобретают правовое значение. Принципы служат носителем ценностей, они являются «мостом», по которому ценности попадают в право, приобретают юридическую легитимность и практическую реализацию; корни принципов уходят вглубь, туда, где расположены такие ценности, функция которых в меньшей степени связана с по-

или юридическое начало, которое исполняет роль решающего аргумента (идеи) при принятии юридического решения касательно формулировки и действия норм права».

¹ *Планиол М.* Элементарно ръководство по гражданско право. Увод. Общи принципи, с. 138.

² *Христов В.* Относно принципите на правото // Правна мисъл, 2000, № 3, с. 17. (О принципах права).

³ *Алексеев С.* Обща теория на правото. Курс в два тома. Т. 1. София: Наука и изкуство, 1984, с. 83 (Общая теория права. Курс в 2 томах); *Мръчков В.* Трудово право. 10 прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2018, с. 60 (Трудовое право).

⁴ См. *Сидоров В.* Цит. соч., с. 25.

⁵ *Радев Д.* Философският нормативизъм в правото. София: Сиела, 2017, с. 158.

⁶ *Ташев Р.* Към понятието за правен принцип, с. 33.

ведением индивидов, и в большей степени ориентирована на этический выбор; если ценности остаются метаюридическим феноменом, то принципы являются их отражением, входящим в состав установленного правового порядка¹. Ценностное/идейное содержание принципов связывает их с социальной средой, в которой они действуют. Чем более абстрактными являются принципы, тем в большей степени они подлежат конкретизации в других принципах, обычно в отраслях права, а также в серии правил.

Стремление избежать отождествления принципов с ценностями ведет к отрицанию их родства: принципы не являются ценностями². Верно иное: принципы находятся в деонтологической плоскости и определяют должное поведение, требуемое для улучшения статуса, положения, в то время как ценности находятся в аксиологической или телеологической плоскости и просто придают данному элементу положительный характер³. Важно отличать ценности, ставшие принципами права, или действующие принципы от ценностей и идей, не наделенных этим качеством. В большей части норм права закреплены ценности⁴. Многие из принципов содержат в себе ценности. Я считаю, что это уточнение проясняет спорный вопрос об отношениях между ценностями и принципами. Существенное отличие между ними имеет не содержательный, а функциональный и формальный характер: оно связано с их ролью и способом их проявления. В ходе институционализации через источники права ценности превращаются в принципы. В остальных случаях ценности являются лишь частью правового сознания, идеологии и носят подчеркнuto субъективный характер. Поэтому они не подходят на роль правовых оснований или, по крайней мере, не являются надежными для принятия правовых решений. Не менее неуместной является и противоположная точка зрения: приписывать принципам чисто объективный характер, считать, что они существуют независимо от их юридического признания и что каждый может сослаться на них без каких-либо правовых аргументов. Поэтому к ценностям в процессе применения права следует прибегать лишь при обосновании правовых актов, когда ценности выступают в качестве дополняющих, усиливающих воздействие аргументов, содержащихся в мотивировочной части судебных решений.

¹ См.: Колев Т. Ценностите като правообразуващ фактор, с. 26.

² Так у Avila H. *Theory of Legal Principles*. Berlin: Springer, 2007, с. 41; Вълчев Д. За природата на правните принципи // Научни четения на тема «Правни норми и правни принципи», с. 35.

³ Там же.

⁴ Вълчев Д. Цит. соч., с. 41, 35, 37.

Иногда сами источники права используют термины «ценности» и «принципы», не вкладывая в них различного смысла. Например, в ст. 2 ДЕС (Договор о ЕС — прим. ред.) перечислены ценности, а в ст. 3 — принципы. Если все же необходимо найти между ними какую-то разницу, ее можно обнаружить в степени абстрактности и в том, что упомянутые ценности относятся скорее к сфере уважения личности, а принципы — к способу распределения компетенций Союза. Указанная точка зрения используется, чтобы аргументировать вывод о том, что «конституционные ценности являются именно принципами права»¹. Я признаю наличие определенных особенностей в части конституционных принципов (о правовом государстве, разделении властей и др.) — их т.н. касетный характер², но это не должно приводить к их исключению из состава общих принципов. На мой взгляд, в данном случае мы сталкиваемся с разновидностью общих принципов, отличных от принципов, на которые непосредственное влияние оказали ценности. В то же время всегда нужно учитывать разницу между ценностями, не получившими выражение в праве, с одной стороны, и ценностями, превратившимися в принципы права, с другой.

У многих принципов права есть моральные основания. Даже обобщают, что принципы являются требованиями справедливости, честности или какого-либо иного морального мерила. Я отдаю себе отчет в том, что большая часть принципов права произошла из области морали и имеют моральное оправдание. Невелика разница между тем, признаем ли мы их имеющими силу, потому что право отсылает к морали, ссылается на моральные критерии при оценке поведения человека, или потому что принципы — это входящие в состав права моральные стандарты. В конечном счете идет речь об известном виде инклюзивности, о включении моральных оснований или соображений с учетом правовой квалификации определенных фактов, независимо от того, признается/считается это или нет. Принципы гораздо чаще, чем правила опираются на мораль. Принципы придают праву моральный облик, оценивают и корректируют правовые действия с моральной точки зрения.

Принципы права, в которые проникла мораль, способствуют восприимчивости права со стороны общества, синхронизации правовых и моральных требований. Принципы права служат «восприятию» в праве определенных, уже возникших в общественном морально-политическом дискурсе идей³. Но принципы права не исчерпываются

¹ Белов М. Сущность на конституционните ценности и конституционните принципи // Право и права (Сборник в памет на проф. д-р Р. Ташев). Съст. С. Гройсман. София: УИ «Св. Кл. Охридски», 2016, с. 93.

² Там же.

³ Гройсман С. Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. София: Сиела, 2017, с. 258.

отраженными в праве моральными ценностями. Мораль — ядро ценностей, лежащих в основе права. Это сильный заряд, который придает праву нравственную силу. Также в нем содержатся идеи политического характера, расширяющие палитру принципов права. Следовательно, мораль, какой бы важной она ни была для объяснения происхождения и содержания большей части принципов права, не включается в само понятие о них.

Присущие праву принципы иногда не вполне точно называют «право-техническими». Это название сужает их предназначение. Указанные принципы выражают специфику права: они обеспечивают преэминентность, способствуют оформлению его собственного облика, его логически непротиворечивому и эффективному воздействию. Последнее качество можно проиллюстрировать принципом процессуальной экономии. Этот пример демонстрирует, что сведение принципов права до моральных императивов обедняет их систему и ограничивает их роль в правовом регулировании. Поэтому точнее будет сказать, что преобладающая часть принципов и правил, как их конкретизированной формы, представляют собой отражение морали и связаны с ней прямо или косвенно. С другой стороны, даже некоторые из специально-юридических принципов, с виду совершенного нейтрального характера, могут решать моральные задачи. Например, принцип «*Lex specialis derogat generali*» (специальный закон отменяет общий) получил бы моральное значение, если согласиться с тем, что специальные требования более близки к соответствующим категориям лиц, и в этом смысле являются в большей степени справедливыми. Моральная, или шире социальная обоснованность общественно-политических принципов, является непосредственной и ярче выражена, чем в случае с правилами. Следовательно, особенности в моральной и социальной обусловленности принципов и правил не являются вопросом качества. Изначально принципы отличались от правил тем, что у первых ценность, а иногда и цель сливались с принципом. Часть правил обеспечивает определенные моральные претензии, а часть принципов является воплощением, правовым выражением моральных императивов.

Цели и принципы

Принципы и цели права

Такие принципы права, как основы, начала, руководящие идеи и пр., несомненно, согласуются не только с существующими ценностями, но и с поставленными целями. Последние не относятся к специфическим правовым явлениям, но имеют место в системе права и правовом регулировании. Многие из принципов права находятся между признанными ценностями и намеченными целями. С этой точки зрения *принципы являются ценностно положенными и телеологическими.*

Принципы права — это территория поставленных в праве целей. Рудольф Иеринг подчеркивает, что правильность или неправильность конкретной формы диктуется ее отношением к выбранной цели. Отделяя принципы от общего массива норм, с еще большей категоричностью следует заявить, что пригодность или непригодность какого-либо правила определяется его соответствием установленному/определенному принципу. В большинстве случаев идет речь лишь о социальной пригодности правил, но иногда несоответствие цели затрагивает и непосредственно юридическую силу. В праве цели являются социально-политическими, они заложены законодателем и ориентируют правоприменительные органы¹. Чем большими возможностями по согласованию/сообразованию действии правил с поставленными целями располагают правоприменительные органы, тем более широкой является их компетенция. В ее основе лежат принципы права. По сути принципы наиболее близки к целям, а часть принципов являются носителями целей.

Благодаря целям право, помимо отражения статус-кво, направлено к будущему. Оно допускает изменения в определенных границах, не изменяясь формально. Принципы утверждают существующий порядок, но в то же время они ориентируют его к предстоящему, дают ему перспективу. В этом отношении принципы играют незаменимую роль. В части правил также содержатся цели. В этих случаях цели обычно служат для дополнительной оценки и квалификации индивидуального поведения.

Сопоставление целей с принципами способствует раскрытию природы и предназначения принципов права. Цели имеют отношение как к правилам, так и к принципам. Правилами предусмотрено такое поведение, которое способствует реализации надлежащих целей, а принципами предусмотрены цели, реализация которых зависит от надлежащего поведения². Своими специфическими ролями в диалектике своего взаимодействия правила и принципы вместе способствуют достижению правовых целей.

Отклонение от цели, заложенной правилами, являются аномалией, которая ведет к неблагоприятным правовым последствиям, а в некоторых случаях даже к недействительности правовых действий. Существуют такие институты права, как институт обхода закона и институт злоупотребления правом, которые основаны на учете нормативно заданных целей. В первом случае запрещено совершать формально обычные действия, которые являются правомерными сами по себе, но имеют целью

¹ Ср. Михайлова М. Цел и цельсообразность в правото. София: Наука и искусство, 1983, с. 12–13, 25. Автор, вероятно, считает, что достаточно включить цели в систему права, чтобы они превратились в нормативную данность.

² Avila H. Цит. соч. С. 36.

результат, запрещенный законом. Во втором случае принципы права служат критериями оценки реального поведения в их сравнении с идеальным положением, которое определяется предназначением соответствующего субъективного права. Налицо и обратная связь. Не каждая цель допустима с точки зрения права. Если поставленная нормативным или индивидуальным актом цель нарушает определенный принцип права, она становится юридически уязвимой и подлежит оспариванию.

Постановка целей, которые достигаются через правовые принципы и правила, скорее сближает их, нежели разделяет. Тем не менее между ними есть различия, которые связаны со спецификой их роли в правовом регулировании. Принципы — это нормы, основным качеством которых является установление релевантной в правовом отношении цели, а основным качеством правил является установление поведения¹. Разница между ними также в том, что во многих случаях цель принципа совпадает с ним самим. Например, такие основные принципы, как свобода, безопасность, неприкосновенность личности и пр., из-за сильной ценностной нагруженности являются целями сами по себе, поскольку обоснование их другими целями с целью реализации не необходимо и допустимо с правовой точки зрения. Часто ради достижения своей цели, что характерно прежде всего для процессуального права, определенным принципам приходится развиваться в ряд правил. Кроме того, именно цель, на достижение которой направлены многие правила — непосредственно или опосредованно, служит оправданием их существования и мотивацией для их реализации. В этом смысле действительно можно сказать, что цель (принцип) оправдывает средства (правила).

Цель как свойство принципа права

Цели являются не только внешними по отношению к принципам права. Характеристика последних не исчерпывается отношением «социальная цель — принципы права». Они являются целеориентированными, но вывод о том, что принципы — это нормы-цели нуждается в пояснении². Часть принципов права, например, те, которые должны превратить требования, закрепленные нормой, в права, являются именно такими нормами-целями, или целевыми принципами. Другая часть принципов является лишь целеориентированными. В этих случаях цель носит внешний характер по отношению к принципу и не входит в состав его характеристики. Тонкое различие заключается в том, что ценность/идея определяет содержание принципа, а цель демонстрирует его социальное предназначение. Эта цель часто подразумевается, а не декларируется. В итоге данные явления права ка-

¹ Avila H. Цит. соч. С. 34.

² Там же (с. 36) дается определение принципов как норм-целей.

тегоризируются различным образом — как принципы, цели и права. Со своей стороны, норма, которая не ограничивается защитой какой-либо цели, каковой, например, является здоровье, а точно указывает, как осуществить такую защиту, является правилом¹. Следовательно, разница между принципом и правилом подобна разнице между ценностью, целью и средством их достижения. В конце концов существуют принципы, которые не имеют ценностного содержания, а их цель сводится к достижению внутренней согласованности и эффективности правовой системы. Такими являются некоторые из специфических принципов права.

Определение принципов как норм-целей необходимо, когда требуется объяснить их функциональное предназначение, способ действия. Принципы как оптимизирующие критерии имеют своей целью оценить соотношение между результатом поведения и идеальным образом. Этот результат выражается в сохранении или достижении определенного желаемого состояния отношений в обществе, т.е. в сохранении или достижении определенной ценности². Так замыкается круг, образуемый ценностями, принципами и целями. В рассматриваемом аспекте внимание направлено не на социальную цель, которую обслуживают данные принцип и правило, а на роль, которую играют принципы в процессе достижения оптимальных решений в существующих фактических и правовых условиях.

В градации принципов права — настолько, насколько они поддаются иерархическому систематизированию — во главе стоят принципы-ценности и идеи, которые получают декларативное выражение. Часть этих идей устраняются/снимаются и конкретизируются в основные права, которые по крайней мере в общих чертах обрисовывают возможное (с точки зрения их обладателя) и должное (с точки зрения исполнителя) поведение.

¹ *Avila H.* Цит. соч. С. 65.

² *Гройсман С.* Правните принципи като целиви правни предписания // Научни четения на тема «Правни норми и правни принципи», с. 341, 349.

Фролова Елизавета Александровна
профессор, и.о. заведующего кафедрой теории
государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук

Право как фактор социальной стабильности: теория и философия права

Техногенные и экологические катастрофы, терроризм, эпидемии и многие другие факторы поставили жизнь человека на границу биологического выживания. В этих условиях особенно важно понять, насколько право способно и готово противодействовать современным вызовам. Как известно, право — не универсальный, но важнейший способ регулирования общественных отношений, поэтому именно с ним связаны особые ожидания людей по нормализации и развитию социальных отношений.

Право как социальный регулятор

На всех этапах своего существования общество представляло собой сложную систему социальных групп, отношения внутри которых организованы различно: на единстве целей и соглашениях, на подавлении и принуждении, на компромиссах и мирном сосуществовании. Общество неоднородно, однако даже при антагонистических интересах социальных групп, оно не может развиваться без упорядочения и стабилизации тех отношений, которые связаны с разделением труда и хозяйственной деятельностью. Эта мысль прослеживается в различных политико-правовых концепциях, в том числе, и в классическом марксизме, соединившим идеи классовой борьбы с положениями сен-симонистов об упорядочении процесса производства и об организации общественного труда¹. В еще большей степени на факт связанности всех членов общества обращали внимание социологи права, выступавшие за установление прочного социального порядка.

¹ «...Господствующая часть общества заинтересована в том, чтобы возвести существующее положение в закон и те его ограничения, которые даны обычаем и традицией, фиксировать как законные ограничения. Это же, — оставляя все другое в стороне, — делается впрочем само собой, раз постоянное воспроизводство базиса существующего состояния, лежащих в основе этого состояния отношений, приобретает с течением времени урегулированную и упорядоченную форму, и эти регулярность и порядок сами суть необходимый момент всякого способа производства, коль скоро он должен приобрести общественную устойчивость и независимость от простого случая или произвола. Урегулированность и порядок являются именно формой общественного упрочения данного способа производства...». *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 25. Ч. II. С. 356–357.

Например, М. М. Ковалевский полагал, что такой порядок (по его терминологии «замыренная среда») базируется на солидарности членов общества, их объединений, профессий. Согласно Э. Дюркгейму и Л. Дюги, солидарность основывается на разделении труда, системе общих потребностей и целей, на осознании взаимной зависимости и протекающих отсюда уступках и компромиссах.

Для создания социального мира, т.е. устойчивого порядка в обществе, необходимо осуществить несколько условий общежития: во-первых, должно быть упорядочено и поставлено в заранее определенные рамки применение насилия; во-вторых, необходимо определить авторитетный способ решения споров и конфликтов (на место самоуправства арбитраж, третейский суд), установить запреты; в-третьих, требуется определить, какими должны быть отношения: между властвующими и подвластными, среди самих властвующих, ряд отношений среди подвластных (собственность, договоры, семейные отношения и др.). Такого рода порядок и стабильность могут быть созданы с помощью нормативного регулирования общественных отношений, главным образом, правом.

По сравнению с другими социальными регуляторами (религия, мораль и др.) оно в наибольшей степени способно обеспечить определенность и предсказуемость общественных отношений. Человек ожидает от другого соблюдения в одинаковых случаях одинакового поведения и, в случае, если его ожидание не оправдывается, он требует удовлетворения за понесенные им невзгоды. Каждому важно знать заранее и по возможности точно, при соблюдении каких именно правил он может быть обеспечен от всякого притязания со стороны других лиц и соблюдения каких именно правил он может требовать от них. Это возможно только при наличии объективировавшихся норм¹. Поэтому одним из действенных способов установления и/или сохранения порядка в любом обществе является создание системы норм (моделей общественных отношений), на основе и в рамках которой будут воспроизводиться отношения в социуме.

Формы (источники) права различны. Если в древние времена право формировалось государственными органами на основе выборочного санкционирования отдельных видов существовавших отношений, а также на основе запретов (табу) совершать общественно опасные деяния, то в дальнейшем государство начало само создавать нормы, содержащие модели в чем-то преобразованных отношений либо отношений, еще не существующих. Нормы права создавались в процессе и в результате обобщения видовых и типических качеств многообраз-

¹ О проблеме определенности правовых предписаний см., например: *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 343–369.

ных действий и общественных отношений. Правовыми нормами стали предписания, особенно важные для данного общества и правящей в нем социальной элиты¹.

Волевая природа норм права. Мотивы правового поведения

В правовых нормах отражаются и выражаются те типичные для данного общества ситуации и отношения, которые предполагается поддерживать, или пресекать и искоренять. Оценивая (запрещая, предписывая, разрешая) волевые действия, нормы права регулируют общественные отношения.

Воздействие норм на общественные отношения осуществляется через волевые действия членов общества; волевой характер правовых норм придает им качества социальных регуляторов². По своей природе право адресовано свободной воле участников общественных отношений и имеет смысл лишь там, где у адресата нормы существует выбор вариантов поведения (право не может быть направлено только на интеллект человека, т.к. для его реализации недостаточно знать, как надо поступать в той или иной юридической ситуации, а необходимо проявить свою волю).

Право одновременно есть и информация, и способ регулирования поведения³. В качестве выражения должного оно призвано воздействовать на волевое поведение участников общественных отношений с помощью соответствующих стимулов. По мысли Г. Еллинека, «норма действует, если она обладает способностью влиять в качестве мотива, определять волю»⁴,

Мотивом, побуждающим каждого соотносить свое поведение с предписаниями права является сознание собственного интереса. Члену общества выгодно приобрести уверенность, что все сограждане будут соотносить свое поведение с установленными нормами права. Поэтому он должен в собственном интересе преграждать другим возможность нарушать чужие права и сам не выходить из пределов своего

¹ См. подробнее: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 20–22 и др.

² В Новое время на рациональные установки и волевую природу права обращали внимания, главным образом, представители теории естественного права. Юристы и философы предписаниям естественного права противопоставляли нормы волеустановленного человеческого права — систему позитивного права. Об отношении права к воле человека см.: *Ренненкамф Н. К.* Очерки юридической энциклопедии. СПб. — К., 1880. С. 39–43.

³ Так, в современных условиях, в связи с развитием высоких технологий, а также в связи с возникновением различных жизненных ситуаций (пандемии), актуальным становится вопрос регулирования новых способов фиксации воли сторон в договорных отношениях. *Жигулина А. В.* Договор как источник права: теоретические и методологические проблемы. Автореферат дис. ... к.ю.н. М., 2021. С. 9.

⁴ *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 332.

права. Каждый может понимать, что его собственный пример способен вызвать подражание в том же направлении со стороны других лиц и это может отразиться на нем самом. Чем выше развитие человека, тем яснее он представляет значение правового порядка и его влияние на благополучие каждого члена в отдельности, тем сильнее укрепляется в нем сознание необходимости следовать предписаниям закона.

Аналогичную тенденцию можно наблюдать на уровне правовой культуры. По верному замечанию Шершеневича, народ, приученный всем государственным строем к точному соблюдению правовых предписаний, проникается уважением к законному порядку, усваивает склонность следовать установленным законам. Напротив, народ, воспитанный в постоянном нарушении законов, в требовании сообразовываться с переменными видами правительства, а не с твердыми законами государства, — такой народ равнодушно относится к законности управления, не отличается устойчивостью в правовых представлениях, и легко переходит от одного порядка к другому¹.

Отличительный признак права — его действенность, поэтому оно должно быть выражено не как описание настоящего, не только как средство решения уже возникших конфликтов, а как предписание, обращенное в будущее, для предупреждения возможных споров. Таким образом, право включает в себя не только сущее (наличное бытие), но и должное (будущее). На этом основывается представление о правовом порядке как о режиме устойчивости. От права ожидают справедливости решений, предсказуемости отношений, стабильности правового порядка. Так, согласно Локку, главным мотивом заключения общественного договора и выходом из неопределенности «естественного состояния» явилась определенность, предвидимость отношений, обусловленные деятельностью государства (в терминологии Локка — гражданского общества, политического общества). Несмотря на то, что законы природы предписывают людям мир и безопасность, в догосударственном состоянии ни один закон не может быть в достаточной мере гарантирован: каждый человек имеет право наказать нарушителя естественного закона и может сделать это чрезмерно сурово или, напротив, оставить преступника вообще без наказания. Для обеспеченности естественных законов и обретения уверенности в завтрашнем дне люди отказываются от права самостоятельно обеспечивать естественные права и переносят их на государство. При этом свобода человека в государстве не исчезает, меняется только ее содержание: человек не подчиняется никакой другой законодательной власти, кроме той, которая установлена в государстве, не ограничен каким-либо законом, кроме тех, которые созданы этой законодательной властью, и на которую он, как участник общественного

¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: учебное пособие. В 2 т. Т. I. М., 1995. С. 246–248.

договора, дал свое согласие. Государство, с этих позиций, выступает гарантом естественных прав и свобод человека, и потому, прежде всего, само не должно на них посягать¹.

Право как фактор социальной стабильности

Для устойчивого правового порядка необходимо, чтобы новые нормы права соответствовали реальному соотношению сил в обществе, перспективам социального развития и были выражены в формах, доступных общественному правосознанию.

Любое государство функционирует с помощью права², однако право — не только социальное явление, но и важная часть духовной жизни человека. Его содержание видится юристами по-разному³ и зависит от выбранной шкалы оценки: право как свобода, — как приказ суверена, — как воля, — как минимум морали, — как интерес, — как солидарность, — как общечеловеческая ценность, — как историческая форма воплощения народного духа, — как форма политики правящей партии, — как императивно-правовые эмоции, — как нравственное долженствование, — как средство обеспечения коллективной безопасности, — как справедливость, — как самоограничение государства и др. Теоретические понятия права, как правило, конкурируют между собой, но общим признается его назначение — установить порядок. С этих позиций, право тождественно правопорядку и противоположно произволу и социальному хаосу. По своей сути право есть нормативная форма упорядочения, стабилизации и воспроизводства общественных отношений, охраняемая от нарушений средствами юридического про-

¹ Нельзя предположить, чтобы люди намеревались, «даже если бы они и были в состоянии поступить так, передать какому-либо лицу или нескольким лицам абсолютную деспотическую власть над своими личностями и достоянием и вложить власть в руки должностного лица для того, чтобы тот неограниченно творил произвол в отношении их. Ведь это значило бы поставить себя в еще более худшее положение, чем естественное состояние, когда они обладали свободой защищать свои права от посягательств других... Вся власть правительства существует только для блага общества, и, поскольку она не должна быть деспотической и произвольной, постольку она должна осуществляться при помощи установленных и опубликованных законов, так чтобы и народ знал свои обязанности и находился в безопасности в пределах закона, и правители также держались в своих границах и не испытывали бы искушения благодаря находящейся в их руках власти применять ее в таких целях и с помощью таких мер, о которых они не дерзнули бы заявить открыто». *Локк Дж. Сочинения* в 3 т. Т. III. М., 1988. С. 342–343.

² О юридических функциях государства см.: *Стошков Я.* Державната власт: правно-политически разграничения и съотношения. С., 2001; *Вълчев Д.* Валидност и легитимност в правото. С., 2012.

³ *Кистяковски Б. А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 398–399 и др. Об особенностях понимания права, выводимого дедуктивным путем см.: *Радбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 41 и др.; *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 82–112; *Гройсман С.* Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. С., 2017.

цесса и государственным принуждением. Антиподом права в целом является беспорядок, системное разрушение существующих общественных отношений, произвол чиновников и военных.

В качестве социального института право призвано обеспечивать в обществе не краткосрочные перемирия, а долговременный мир. Однако истории известны случаи не только стабильного права и правопорядка, но и периоды меняющегося, неавторитетного права и нестабильного правопорядка. При таком порядке человек не может быть свободным — он становится зависимым от непостоянной, неопределенной, неизвестной самовластной воли другого человека. Основная опасность для личности здесь заключается в ничем не сдержанном самовластии лиц, облеченных верховной властью. Как замечали философы права Нового времени, государство не может (не должно) брать на себя право повелевать посредством произвольных и неопределенных решений, иначе «будет хуже, чем в естественном состоянии».

Однако в истории существовали (и существуют) режимы, управляющие обществом на основе полуправовых-полуадминистративных методов. Так, полицейское государство управляет обществом с помощью команд, приказов, директив — меняющихся велений носителей власти. Для поддержания порядка такие системы управления по-разному использовали право и насилие, нормы и команды, правосудие и расправу. В зависимости от сочетания этих методов создавались различные типы государств — от военных диктатур до государств неполного правопорядка. Директивный метод управления создает в обществе обстановку нестабильности и потому требует дополнительной опоры власти в многочисленном чиновничьем аппарате, наделенном обширными полномочиями надзора за всеми сферами социальной жизни¹. Опасность этого режима заключается в непредсказуемости велений власти — поэтому Дж. Локк называл такое государство «тиранией»², И. Кант — «государством произвола», Б. Констан — «узурпацией», а Б. Спиноза вообще не считал возможным доверять создание законов отдельным лицам (т.к. по своей природе каждый человек склонен

¹ См.: *Лейбн О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 39–41. Согласно Ла Бозси, суть тирании заключается в организованной иерархии лиц, связанных с тираном общей выгодой и обладающих при этом собственными привилегиями, различающихся в зависимости от статуса лица и его места в механизме власти. *Ла Бозси Э.* Рассуждение о добровольном рабстве. М., 1952.

² Локк различал понятия «узурпация» и «тирания» власти. При узурпации, по его мнению, происходит смена лиц, но не форм и установлений правления. Смена правящих лиц в государстве не обязательно порождает произвол, т.к. в том случае, если народ выразит согласие, правитель считается законным. Тирания — это «осуществление власти помимо права», т.е. правление лица всецело по прихоти и произволу: «Где кончается закон, там начинается тирания». См.: *Локк Дж.* Сочинения в 3 т. Т. III. М., 1988. С. 377–379.

к аффектам) — гарантировать разумность закона можно только принятием его большим собранием людей, т.е. в демократии.

Хорошо известно, что государство бессильно построить рай на земле, оно существует, чтобы предупредить возникновение ада¹. В этом смысле, государство есть скорее необходимость, чем ценность. Тем не менее защита отношений в обществе связана в наибольшей степени с деятельностью государства. От устройства верховной власти во многом зависит его способность выражать «общее благо». Законодательство, справедливо полагали французские просветители, есть дело тонкое и сложное. «Нужны Боги, чтобы дать закон людям», «хорошее законодательство — вещь редкая, почти не известная на земле» (Руссо).

Право и принуждение

Одним из отличительных признаков права является его связь с государством. Государство с помощью права поддерживает существующие отношения и устанавливает порядок в обществе, охраняя одни отношения, ограничивая развитие других и пресекая возникновение третьих, нежелательных для тех социальных сил, которые способны определять содержание права.

Государство устанавливает меры воздействия для нарушителей правовых норм. Норма права всегда рассчитана на жизненные обстоятельства, при которых у лица существует выбор вариантов поведения. Норма не имеет смысла, если ее невозможно нарушить². В отличие от законов в научном смысле (которые необходимы, и потому не могут нарушаться) право нарушается даже теми, кто знает и признает его. Право устанавливает в обществе обязательный порядок, однако он качественным образом отличается от необходимого — обязанности мы хотя и должны не нарушать, но все же можем нарушить³.

¹ Франк С. Л. Смысл жизни // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 127–128.

² Без правонарушителей право не имело бы смысла и цели. Согласно Дель Веккио, понятие права и противоправности взаимодополняемы. «Хотя это и покажется на первый взгляд странным, право в точном смысле нарушаемо по своей сущности, и оно является правом благодаря своей нарушаемости. Если бы отсутствовала возможность противоправности, не имело бы смысла утверждения права...». См.: Антология мировой правовой мысли в пяти томах. III том. Европа. Америка. XVII–XX вв. М., 1999. С. 722.

³ См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 75. На различие законов природы и законов права обращал внимание Гегель: законы природы абсолютны и не допускают ограничений, законы права имеют относительный характер. Правовые законы — это законы, идущие от людей. Внутренний голос может либо вступить с ними в коллизию, либо согласиться с ними. Человек не останавливается на наличном сущем, а утверждает, что внутри себя обладает масштабом правового: он может подчиниться необходимости и власти внешнего авторитета, но никогда не подчиняется им так, как необходимости природы. Этим обусловлены в праве коллизии между тем, что есть, и тем, что должно быть. Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 57.

Нормы указывают участникам общественных отношений (в случаях, когда можно поступить различным образом) должный вариант. Этот вариант поведения предписывается под угрозой государственного принуждения, применяемого для восстановления нарушенных прав (где это возможно) и (или) для наказания нарушителя обязательств / запрета. Смысл существования права заключается в поддержании определенного порядка, в предупреждении и разрешении индивидуальных и социальных конфликтов, в том числе, в упорядочении процесса государственного принуждения, применяемого в этих целях¹.

Принуждение, обеспечивающее правовой порядок, имеет несколько особенностей. Прежде всего, это — организованное принуждение, осуществляемое специальными органами государства. Монопольное право государства на применение насилия является необходимым условием прочности социального порядка. Далее, государственное принуждение, охраняющее право от нарушений, облечено в правовые формы (содержится в санкции правовой нормы) и имеет процессуальный порядок применения. Осуществление принуждения вне права (даже для защиты права) означает нарушение стабильности в обществе, которая является целью любого права. Стихийное принуждение для установления порядка только лишь в одной области социальных отношений усиливает беспорядок в других сферах. Возводимое в систему самоуправство порождает противостоящую ему самозащиту. Любое государство не заинтересовано в дестабилизации общественных отношений — законодатель рассчитывает на то, что послушание граждан будет обеспечиваться не только принуждением, но и угрозой его применения, которая доводится до всеобщего сведения вместе с содержанием самого предписания.

Ряд правоведов оспаривал принуждение как сущностное качество права. Так, Л. И. Петражицкий считал, что с точки зрения принуждения правовые нормы или образуют бесконечный процесс норм, или оказываются непринудительными². По убеждению Н. М. Коркунова, принудительность не является ни основным, ни даже общим свойством правовых явлений. При соблюдении права, рассуждал он, люди довольствуются вероятностью его соблюдения в большинстве случаев. Будет ли право иметь принудительную санкцию или нет, уверенности в его соблюдении во всех случаях не может быть. Вероятность же соблюдения закона не обусловлена принуждением. Кроме этого, право-

¹ См.: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 59–60.

² *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. С. 273–274; *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права. 1910. С. 16.

вед отмечал, что ряд норм права не предполагает их принудительного осуществления¹.

Действительно, содержание многих правовых предписаний очень опосредованно связано с государственным принуждением (нормы, определяющие виды субъектов права, юридические факты, порядок совершения действий, порождающих юридические последствия и др.). Все эти нормы имеют большое значение для регулирования общественных отношений, создания правопорядка, решения возникающих споров и конфликтов, но не имеют принудительного характера.

Соотношение права и государственного принуждения — не только предмет научных исследований. На уровне обыденного правового сознания право часто ассоциируется не с правопорядком, а с принуждением. Обостренное восприятие населением этого вопроса связано с многочисленными случаями произвольного применения насилия со стороны власть имущих. В случаях, когда принуждение направлено на защиту несправедливого права или вопреки праву (меры государственного принуждения могут быть несоизмеримы содеянному), вопрос соотношения права и принуждения становится острой социальной проблемой. Без отлаженного механизма применения санкций за нарушения запретов право становится бессильным, а права членов общества превращаются в декларации, поскольку власть не способна организовать полноценное восстановление нарушенных прав, принуждение к исполнению обязанностей, наказание нарушителей запретов в праве².

В советской литературе теме принуждения в праве придавалось особое значение. Некоторые авторы даже утверждали, что право в целом обладает общепринудительным характером³. Такой подход был связан с политико-правовыми установками и особенностями жизнедеятельности советского общества, в котором общественные отношения были огосударствлены. В 90-е годы XX в., в условиях разгосударствления и деидеологизации общества, отношение к назначению права меняется: несмотря на то, что санкции по-прежнему считаются

¹ По мысли Коркунова, требования, относящиеся к содеянию, особенно, к личным услугам, не могут быть осуществлены посредством принуждения. Нельзя человека силою заставить выполнять какой-то труд. Его можно подвергнуть наказанию, но наказанье не значит заставить. Могут быть случаи, когда человек скорее пойдет на виселицу, нежели исполнит то, что требуется. См. подробнее: *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 96–102.

² См.: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 62–63.

³ По утверждению А. Вышинского, право представляет собой нормы, осуществляемые в принудительном порядке при помощи государственного аппарата. *Вышинский А.* Вопросы права и государства у К. Маркса // Советское государство и право. 1938. № 3. С. 40.

важным компонентом правовой системы каждого общества, за правом признается широкий спектр задач, его функции как социального регулятора значительно расширяются.

В целом, можно заметить, что прогресс правопорядка означает воспрещение частного насилия. На развитой степени общественности осуществление принуждения допускается только уполномоченными государственными органами, которые должны пользоваться принуждением лишь для осуществления правомерных требований. При таком порядке принуждение служит исключительно праву. Таким образом, монополия государства на применение насилия обеспечивает условия стабильности в обществе, сообщая большую твердость тем правилам, которые могут быть принудительно осуществлены. Согласно метафоре Р. Иеринга, правосудие в одной руке держит весы, которыми оно взвешивает право, а в другой руке меч, которым утверждается право. Меч без весов есть голое насилие, весы без меча — бессилие права. Оба связаны друг с другом, и совершенный правовой порядок господствует только там, где сила, с которой правосудие держит меч, равняется искусству, с которым оно владеет весами¹.

Еще раз подчеркнем — угроза применения насилия не исчерпывает содержание права. В цивилизованном обществе присутствует убежденность, что главный ориентир права — это предупреждение конфликтов, упорядочение решения споров, восстановление нарушенных прав. Этими юридическими способами создается не только политическая стабильность, но и формируется правовое государство, главная ценность которого — права и свободы личности.

Государство и право: проблемы соотношения

Правом становятся не любые предписания, а только те нормы и отношения, которые официально признаны, охраняются и поддерживаются государственной властью. В конечном итоге именно от государства зависит, какие действия запрещать, какие отношения регулировать и охранять, каким обстоятельствам придавать юридическое значение. Тем самым государство берет на себя ответственность за порядок в обществе. Если это сделать не удастся — сначала в государстве меняется верховная власть, а затем изменяется содержание права или способы его осуществления.

Возникает вопрос: чем руководствуется государство, создавая / санкционируя те или иные нормы права? В юридической науке распространена точка зрения, согласно которой государственная власть есть основанная на силе воля властвующих, выражающая прежде всего интересы самих властвующих; с помощью норм права поведение под-

¹ Ф. Иеринг Р. Избранные труды. В 2 т. Т.1. СПб., 2006. С. 24.

властных приспособляется к интересам властвующей элиты. Поэтому государство, этот великий левиафан, во все исторические времена вызывало у народа желание установить пределы его всемогущества.

Действительно, если государство стоит выше права, не санкционируется ли таким образом властный произвол? Чем государство отличается от «шайки разбойников» (термин Августина Блаженного), и насколько оно само способно подчиняться правовому порядку?

В теоретико-правовой науке однозначного ответа на эти вопросы нет. Хорошо известно, что государственный порядок может не соответствовать тем требованиям, которые ему предъявляет общество в качестве необходимых на данном этапе своего развития. Логически, исторически, практически возможно не только расхождение, но и противостояние между правом, которое поддерживает государство, и правом желательным, исходящим от членов общества. Задача мудрого правителя во все эпохи — своевременно разрешить это противоречие, не допуская разрушительных процессов в социуме.

Преодолеть политическое отчуждение в разные времена предлагалось с помощью: естественного права, имеющего надгосударственный характер, мудрой политики просвещенного монарха, установления неотчуждаемых прав и свобод человека, механизма разделения властей, демократического устройства государства, при котором оно фактически сливается с народом, социальной революции и др. Радикальный вариант преобразований не порождает стабильность в обществе — социальной революцией можно свергнуть власть тирана, однако нельзя установить твердый правопорядок (в революции повинна тупость правительства, медлящего с проведением назревших в обществе реформ (Кант), революция — «отрицательная свобода», «свобода пустоты», «фурия разрушения» (Гегель), за революцией неминуемо следует контрреволюция (Герцен). Мирный переход к новому обществу, безусловно, предпочтителен, однако он происходит только там, где властвующие лица отличаются дальновидностью, или где внешняя опасность требует напряжения всех общественных сил (Шершеневич).

Всякий, обладающий властью, способен ею злоупотребить. Для устранения произвола или сведения его к минимуму теоретики и философы права предлагали разные способы. Одно из известных средств сдерживания произвола властителей — теория разделения властей в различных вариациях¹.

¹ В этой связи интересны теоретические опыты Б. Констана и Г. В. Ф. Гегеля по корректировке теории Ш. Л. Монтескье. Согласно Констану, органом исполнительной власти являются только министры, а король — орган особой умеряющей власти. Король не имеет другого интереса, кроме как поддерживать порядок и свободу, он парит над человеческими треволнениями. Верх совершенства политической организации заключается в том, что, таким образом, создается сфера твердости,

Связанность государства правом

Логическим ограничением верховной власти признают связанность государства правом — считается, что таким образом устанавливаются пределы всемогущества государства, прежде всего, в области законодательства. Вместе с тем, решая этот вопрос формально-юридически, можно утверждать, что государство само себе ничего предписать не может. Выступая источником права, оно не может быть само обусловлено правом: если нормы права выражают требования, обращенные государственной властью к подчиненным, то правила, определяющие устройство и деятельность самой государственной власти, не могут иметь правового характера. Русский цивилист и теоретик права Г. Ф. Шершеневич во многом прав, утверждая, что государственная власть не подчинена праву — «требование, обращенное к самому себе под угрозой, не имеет никакого значения»¹. Добавим — не имеет *юридического* значения (в греческой философии получила распространение мысль о зависимости действий правителя от принятых им законов с точки зрения морали, в XII в. Грациан считал, что с точки зрения естественного права князья связаны своими законами и должны по ним жить, в Новое время Спиноза отстаивал положение, согласно которому верховная власть имеет нравственные ограничения и не должна своими действиями вызывать раздражение у граждан).

Проблема связанности государства правом имеет метаюридический характер, силами только лишь юридического позитивизма этот вопрос решить нельзя. Так, с позиции естественного права вопрос различения права и произвола нашел теоретическое разрешение в концепции представителя марбургской школы неокантианства Р. Штаммлера. Право, утверждал он, есть правило поведения, которое должно быть соблюдаемо властью, его устанавливающей, пока оно не будет заменено новым правилом. Если же власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом. Более категоричен немецкий государствовед Г. Еллинек, считавший, что эта проблема вообще не имеет общетеоретического решения. Согласно

величия, безопасности, позволяющая обществу спокойно развиваться. В случае раздоров, выходящих за известные пределы, король принимает действенные меры. Гегель также выделяет власть короля как особую объединяющую власть, считая, что судебная и исполнительные власти должны рассматриваться как подразделения одной власти. Кроме королевской власти он выделял законодательную власть (власть определять общее) и правительственную, действующую как суд и как администрация (власть подведения частных случаев под общее правило). *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. М., 1990. С. 311. См. об этом: *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 324.

¹ *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: учебное пособие. В 2 т. Т. I. М., 1995. С. 251.

его подходу, тема соответствия деятельности государства праву может рассматриваться лишь конкретно-исторически — применительно к отдельному народу и определенному периоду его развития¹.

Вопрос взаимозависимости государства и права — один из центральных для фундаментальной юриспруденции. В той или иной степени, все юристы сходятся во мнении, что готовность населения подчиняться верховной власти имеет свои границы и, если государственная власть перейдет за пределы того, с чем могут примириться подвластные ей лица, она должна ожидать выражения недовольства со стороны населения. Формы недовольства народа в каждом конкретном случае могут быть различны: от глухого ропота населения и его и пассивного сопротивления верховной власти (например, отказ платить налоги) до мятежей и вооруженных восстаний.

В концептуальном плане существует два варианта решения вопроса ограничения государственной власти. Во-первых, *теория самоограничения государства*. Согласно этой позиции, эгоизм властвующих лиц подсказывает им умеренность в правовом творчестве: они могут охранять правом свои интересы только тесно сплетая их с интересами подвластных. Подвластные, со своей стороны, также заинтересованы в правовом порядке, поскольку наличие какого-либо порядка лучше его отсутствия². Эти идеи отражают подход Р. Иеринга — «право есть хорошо понимаемая политика силы», благоразумие принуждает властвующих к самоограничению. Во-вторых, *теория ограничения государства правом*. Суть этой концепции заключается в том, что государство сдерживает свои интересы в созданных им самим рамках, поскольку нарушению этих границ мешает право. Данный подход в разных модификациях отстаивали представители доктрины классического и «возрожденного» естественного права. Так, Дж. Локк, доказывая необходимость верховенства права, настаивал на постоянном и едином для всех законе: как для фаворита при дворе, так и для крестьянина за плугом. В конце XIX — начале XX вв. идеи правовой связанности государства развивали многие русские юристы и философы права (Н. А. Бердяев, С. Н. Булгаков, В. М. Гессен, И. А. Ильин, П. И. Новгородцев, Б. А. Кистяковский, И. А. Покровский, П. Б. Струве, Е. В. Спекторский, Е. Н. Трубецкой, С. Л. Франк и др.).

Возникает вопрос: если самоограничение государства имеет правовой характер, то где найти эту высшую волю, которая была бы обязательна для него обязательной? Если государство само ставит себе границы, то что ему мешает переставить их с учетом собственных интересов? Каким образом, при неясности природы властвования,

¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 362.

² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: учебное пособие. В 2 т. Т. I. М., 1995. С. 261.

государство может выступать гарантом прав и свобод человека? (Еще в XVII веке теоретики естественного права заявляли, что меч государства быстро заставит замолчать всех с ним несогласных.)

Фактически государственную власть, как было отмечено, ограничивают два обстоятельства: нравственное сознание и/или благоразумие властвующих¹ и возможность противодействия со стороны граждан. Мудрый законодатель не начинает с установления законов, он выступает в роли архитектора, зондирующего, вынесет ли народ предлагаемые ему законы (дух законодателя есть «дух умеренности», который рождает право (Монтескье)). В свою очередь, подвластные также заинтересованы в устойчивом правовом порядке — это дает гражданам уверенность в обеспеченности их прав и свобод. При этом форма правления не оказывает решающего воздействия ни на декларирование прав и свобод, ни на механизм их реализации. Так, например, сторонник абсолютной монархии английский философ XVII в. Т. Гоббс считал, что гарантировать индивидуальные права и свободы способен только авторитарный правитель (в начале английской революции Гоббс обосновывал правомерность власти Карла I, а после его казни, — протекторат О. Кромвеля). Согласно Б. Констану, республика не гарантирует общественного спокойствия, а монархия — свободы. Какое спокойствие было в Риме при Нероне, Домициане? В Сиракузах при Дионисии? Во Франции при Людовике XI или Карле IX? Была ли свобода при деспотизме, Длинном Парламенте, Конвенте или Директории?». В отношении монархии французский политический деятель и идеолог либерализма Б. Констан риторически замечал: «...Кто будет отрицать, что в Англии за последние 120 лет люди пользовались гораздо большей личной безопасностью и большими правами, чем во Франции, где несовершенство и уродливость республиканских институтов порождали произвол и множили тиранов?»².

Однако, начиная с середины XIX в. в наибольшей степени стабильность и справедливый общественный правопорядок юристы

¹ Так, например, Констан считал, что, если человек, находящийся у власти, разумен, он никогда не перейдет границ опасности. См.: *Констан Б. Об узурпации // О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М. 1995. С. 221.* Согласно Шершеневичу, чувству совести в области нравственности соответствует чувство законности в области права. Как чувство совести представляет лучшее обеспечение нравственного порядка, так чувство законности является лучшей гарантией правового порядка. Если лица, стоящие во главе управления государством, усвоили себе чувство законности, то они будут держаться законных форм в силу привычки и потому, что они предвидят силу оппозиции в случае отступления. Напротив, лица, пропитанные духом произвола, став у власти, легко будут нарушать закон. См.: *Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: учебное пособие. В 2 т. Т. I. М., 1995. С. 246–247.*

² *Констан Б. Об узурпации // О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М. 1995. С. 198.*

связывают с деятельностью правового государства. В исторической ретроспективе правовое государство пришло на смену полицейскому государству с его тотальной регламентацией частной жизни — на место полицейских мер, легко переходивших в произвол, была установлена система объективного права, как гарантия законности и правопорядка¹. Таким образом, правовое государство ограничивалось в своей деятельности охраной субъективных прав, предоставляло свободу борьбе частных интересов, оставаясь, по меткому выражению Ф. Лассалья, в роли «ночного сторожа».

В теоретическом плане правовое государство — это идея, философско-правовое понятие, программное положение, предполагающее длительную и широкомасштабную работу. (Как подчеркивал Шершеневич, правовое государство — это проблема, поставленная государству временем².) Государство должно быть устроено таким образом, чтобы оно стало правовым. В этом заключается суть разделения властей как системы сдержек и противовесов в общем механизме органов государственной власти, создающей гарантии правомерности деятельности каждой из них. Практикой и наукой выработаны различные модели полномочий и соотношения государственных органов, главное в этой системе — создание государственной структуры, соблюдающей и охраняющей правовую систему гражданского общества. Кроме этого, правовое государство — это не только (и не столько) способ организации государства, но и состояние государственной власти на всех ее уровнях.

Часто отличительной чертой правового государства называют верховенство закона. Однако, как известно, законы бывают разные: проекты, в которых детальным образом регламентируются семейные, трудовые, бытовые отношения (какую одежду носить, как отдыхать, как развлекаться, как питаться и т.д.) не относятся к правовому государству. Такие властные предписания характеризуют сословно-рабовладельческое общество («Законы» Платона) или казарменно-коммунистическое («Город Солнца» Кампанеллы, «Закон свободы» Уинстенли, «Кодекс природы» Морелли, «Истинная система» Дешана, «Путешествие в Икарию» Кабе). Аббат де Мабли³ сожалел, что закону

¹ Полицейское государство имеет тенденцию к подробной регламентации и регулированию всех общественных отношений статьями писанных законов, характеризуется формализмом и бюрократизмом. Этим оно качественным образом отличается от правового государства. См.: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 371.

² В этом смысле оно не тождественно конституционному государству. Конституционное устройство выступает только оптимальным способом реализации этой задачи.

³ Его работа «О законодательстве или о принципах законов», по сути, явилась кодексом деспотизма.

подвластны только действия — ему хотелось, чтобы закону подчинялись также и мысли, и даже мимолетные чувства; чтобы закон неустанно преследовал человека, не оставляя ему ни малейшего простора от своего всевластия.

Основу гражданского общества образуют качественно иные законы — законы свободы и равенства. Поэтому устройство правового государства есть не самоцель, а средство обеспечения прав и свобод человека.

Нормативное и фактическое

В жизни государства фактические отношения предшествуют нормам. Существуют эпохи переворотов, когда государственный порядок является вначале чисто фактической силой, получающей правовой характер только после того, как она будет освещена историей или рационализирована в умах людей. Право не способно разрешать существенные столкновения в пределах государства самостоятельно. Соглашмся с позицией Г. Еллинека — сила всегда идет впереди права. Процесс превращения фактических отношений в правовые различен у каждого народа, однако в любом случае требуется правовое признание политического факта (признание его правомерным).

Государственный порядок — это постоянный компромисс между различными силами в обществе. И право также выступает компромиссом между различными противоречащими друг другу интересами. Этот компромисс обусловлен интенсивностью интересов и социальной заинтересованностью («мощью» в терминологии Спинозы). Это объясняет, почему именно те или иные интересы лежат в основании права. Право есть равнодействующая двух сил, из которых одна имеет своим источником интересы властвующих, а другая — интересы подвластных. В этом смысле говорят о различии фактической и юридической конституции. Об этом писали Ф. Лассаль, Г. Еллинек, Г. Ф. Шершеневич, подчеркивая различие юридической, формальной стороны и фактических, реально происходящих отношений в обществе. Это имеют в виду современные правоведы, утверждая, что Конституция, как документ, есть акт политический, а ее действие — процесс юридический¹.

В чем же реально проявляется связанность государства правом, и на чем основывается предсказуемость действий государственной власти?

Для того, чтобы фактическое стало правовым, должно быть одобрение нового порядка со стороны значительной части народа;

¹ См., например: *Стоилов Я.* Конституционният модел и функционирането на политическата система в България // Ново време. София., 2003. С. 12–31.

в обществе должна возобладать убежденность в разумности и необходимости нового порядка, что и создаст представление о его правомерности. Кроме того, деятельность государства регулируется правовыми нормами, возникающими и подлежащими изменению только в установленных правом формах. Такая норма обязательна и для органов государства — таким образом его деятельность уже связана, поскольку любая норма дает право ожидать, что она ненарушимо будет применяться до тех пор, пока не будет правомерного основания к ее отмене. Каждая норма права выступает гарантией того, что пока установленное государством право действует, оно ему тоже подчиняется. Получается, что предсказуемость правового порядка состоит в следовании государства своим обещаниям — верховная власть проявляет свою власть в нормах, которые она не только сама установила, изменяет, но и *соблюдает*.

Оценивая взаимозависимость государства и права с этих позиций, можно сказать, что право есть не только произведение государства, но и лицо своего творца, т.е. индивидуально-определенного государства. Если государственная власть не соблюдает установленное собой право, действует в каждом конкретном случае по собственному усмотрению, посредством сиюминутных указов и инструкций, часто противоречащих друг другу, то политика в таком государстве становится непредсказуемой, государство сменяется произволом, что в конечном итоге приводит к недовольству со стороны членов общества, массовым протестам и распаду общества. В XVII веке английский философ Локк писал: «...Какова бы ни была форма государства, правящая власть должна управлять с помощью провозглашенных и установленных законов, а не импровизированных приказов и неопределенных решений. Ибо человечество очутится в гораздо худшем положении, чем в естественном состоянии, если оно вооружит одного человека или немногих людей объединенной силой множества, для того чтобы принудить это множество людей повиноваться произволу непомерных и выходящих за рамки возможного требований, которые вдруг взбредут им на ум, или ничем не ограниченной и до этого момента неизвестной воле при отсутствии каких-либо установленных мерил, которые могли бы направлять действия властвующих и оправдывать их»¹.

Вместе с тем, важно помнить, что любая норма представляет собой только модель общественных отношений и не может полностью совпадать с реальной жизнью; все правовые гарантии относительны, поскольку они, как и право в целом, носит условный характер как

¹ Локк Дж. Сочинения в 3 т. Т. III. М., 1988. С. 343.

дело рук человека¹. Поэтому в настоящее время, как и сто лет назад, актуальна оценка Шершеневича: «Дело не в том, чтобы связать государство правовыми нитками подобно тому, как лилипуты связали Гулливера. Вопрос в том, как организовать власть так, чтобы невозможен был или был доведен до минимума конфликт между правом, исходящим от властвующих, и нравственными убеждениями подвластных. Для этого не надо изображать мнимые правовые гарантии, а следует лишь раскрывать нравственный долг гражданина в связи с сознанием личного интереса»². На вопрос: каким именно образом неправое делается правом (как происходит переход фактического в правовое) — юристы-позитивисты не отвечают, а передают право ответа юристам-философам.

С позиции философии права государство есть факт (область существующего), а право — норма (область долженствования). В области должного всегда присутствует незаконченность, одна правовая норма порождает другую, она в свою очередь — третью, и так может продолжаться до бесконечности. Государственная власть, как факт, выступает ограничителем этой цепочки долженствований. Политическая воля носит конкретный и конечный характер. На эту определенность политической воли обращал внимание Гегель в «Философии права», подчеркивая, что именно правитель своим «я хочу» делает закон законом. Поэтому нормативное правовое регулирование (при всем многообразии законодательства и кажущейся его бесконечности) носит системный характер, а любое право находит непреодолимый предел в самом факте существования государства.

Узурпация власти: теоретический аспект

Отдельный вопрос из области философии права — понимание, оценки и отношение граждан к произволу государственной власти. Большой вклад в теоретическое понимание системы узурпации внес Б. Констан. В отличие от монархии, считал он, узурпация есть сила, ничем не измененная и ничем не смягченная; она несет на себе отпечаток личности узурпатора, который находится в постоянном состоянии недоверия и враждебности. К порокам, сопутствующим факту узурпации, добавляются пороки его личности. «Сколько хитрости, сколько насилия, сколько вероломства узурпация с необходимостью привносит в жизнь общества! Ведь нужно ссылаться на принципы, которые собираешься попрасть, брать обязательства, которые собираешься нару-

¹ См. об этом: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 341–342; *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 360.

² *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права: учебное пособие. В 2 т. Т. I. М., 1995. С. 258.

шить, играть на доверчивости одних, пользоваться слабостью других, пробуждать дремлющую жадность, поощрять таящуюся несправедливость, разврат»¹. Узурпатор — всегда беспокоен и мятежен, он не верит в права, которые себе присвоил, хотя и принуждает всех признавать их. Беззаконие преследует его как фантом. Он издает законы — и изменяет их; основывает империи — и разрушает их. Его никогда не удовлетворяет собственный замок, построенный на песке. Узурпация создает военизированную систему — узурпатор может опереться только на вооруженную силу. По мысли Константа, узурпация является даже более страшным злом, чем абсолютный деспотизм. Деспотизм — это «правление, при котором воля господина признается единственным законом; где объединения и корпорации, если таковые вообще существуют, суть лишь органы властителя; где правитель рассматривает себя единоличным собственником своей империи, а в своих подданных видит только пользователей доходами; где свобода может быть отнята у граждан без объяснения властями каких-либо причин; где суды подчинены капризам власти, и их приговоры могут быть отменены; где оправданных могут поставить перед новым судом, которому вменено в обязанность лишь осуждать. ...Принцип такого государства — произвол»². Если при деспотизме под запрет попадают все дискуссии и от членов общества требуется лишь подчинение, то узурпатор более коварен. Дело в том, что последний, имитируя свободу, объединяет в себе «все зло анархии и рабства»: именно узурпаторы изобрели обращения и монотонные поздравления — «обычная дань, которую во все времена расточают одни и те же люди в тех же словах и при помощи мер, противоположных ожидаемому результату... Кто не понимает, что чем большим притеснителем выступает государство, тем в большей степени напуганные граждане поспешат воздать ему хвалу за его энтузиазм командования! (...) Узурпатор накапливает все эти приветствия и воззвания — ведь будущее будет судить о нем по этим памятникам, воздвигнутым им самим»³. Если народ поработен, но не унижен окончательно, у него есть надежда на лучшее будущее — деспотизм не отнимает этого последнего шанса. Узурпатор же не только угнетает народ, но и унижает его; он вынуждает людей попирать то, что они уважали, восхвалять то, что презирали, и презирать самих себя.

Освободиться от политического гнета узурпатора можно различными способами, однако положительный долговременный результат все же окажется в обществе с развитым самосознанием граждан. Многие

¹ Констант Б. Об узурпации // О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М. 1995. С. 201.

² Там же. С. 202, 221.

³ Там же. С. 206.

философы права подчеркивают активность личности и ее способность не только отстаивать свои субъективные права, но и деятельно противостоять произволу со стороны верховной власти. Так, и в XXI в. не потерял значения подход немецкого юриста второй половины XIX века Р. Иеринга. Деспотизм, полагал он, всегда начинал с посягательства на частное право, с насилия над отдельными лицами. В этих условиях «каждый призван и обязан подавлять гидру произвола и беззакония, где только она осмеливается поднимать свою голову; каждый, пользующийся благодеянием права, должен в свой черед так же поддерживать по мере сил могущество и авторитет закона — словом, каждый есть борец за право в интересах общества»¹. В случае, когда действия государственных органов и должностных лиц утрачивают свою безусловность, правосудие начинает осуществляться не по закону, а как-то иначе, такое государство деградирует. При этом для его низвержения не обязателен политический переворот: оно само себя постепенно изживает.

В настоящее время в ряде стран состояние законности государства вызывает опасения: принятие многочисленных и не всегда продуманных законодательных актов, их скорая отмена / замена другими, не менее спорными текстами, — все это не только не порождает социальной стабильности, но, напротив, создает устойчивое убеждение большинства граждан в некомпетентности должностных лиц и их нежелании / невозможности своевременно решить насущные жизненные проблемы населения.

Наука о праве и правопорядок

В условиях социальной стабильности наибольшее значение имеет теория юридического позитивизма, при котором юридические нормы расцениваются как веления органов государственной власти. Согласно мнению английского юриста Дж. Остина, любое позитивное право исходит от власти, его содержанием является приказ этой власти, юридически ничем не связанной и не ограниченной. Право есть повеление суверена, заключающееся в предписании или запрете определенного поведения, обращенное к управляемым, обязательное для исполнения под угрозой применения санкции в случае его невыполнения. Все, что не основано на законе — не есть право. Право возникает только в государстве, оно является его исключительным продуктом. Поскольку закон признается единственным источником права, то воле законодателя не могут противопоставляться никакие иные начала права (обычай, доктрина, судебское усмотрение и др.). Право и закон здесь отождествляются, что обеспечивает единство юридической практики (право есть то, что предписано законом). Следуя логике юридических позитивистов,

¹ Иеринг Р. Борьба за право. М., 1991. С. 37–38.

необходимо признать, что право, как функция государства, должно быть создано или допущено государством. Исторически предписания (например, в области семейных отношений), конечно, могут предшествовать государству, но правила становятся правовыми нормами только с того момента, когда государство обеспечивает их исполнение своими силами. Этот подход — основа для формально-догматической теории права, ставившей своей задачей создать логически непротиворечивую и потому предсказуемую модель действующего права.

В условиях нестабильного, переходного состояния общества приоритетное значение получают доктрина естественного права и социологические теории права.

Прогностическое значение концепции естественного права заключается в том, что она задает масштаб для оценок действующего права среди членов общества, дает возможность выявить массовые социальные ожидания, возлагаемые на право, показывает уровень протестных настроений среди населения. В рамках этой теории особо четко звучала мысль о том, что неспособность правящих лиц своевременно провести назревшие общественные реформы порождает массовые социальные недовольства, мятежи, революции (Гроций, Спиноза, Локк, Кант, Радищев, Новгородцев, Кистяковский и др.).

Представители социологического правопонимания делают акцент на функциональной природе права — право должно укреплять согласие и кооперацию между членами общества. Так, согласно философии прагматизма, единственным объективным критерием оценки права выступает полезность, практическая значимость. По мысли американского социолога права Р. Паунда, право необходимо приблизить к общественной практике; как и другие представители социологической школы, он полагал, что законодательство нельзя считать действенной формой социального контроля, поскольку оно не реализуется или реализуется в жизни не полностью. Отсюда — ориентир юристов этого направления на правоприменительную практику, где право обнаруживает свою эффективность. Судебный и административный процесс — это искусство, где преобладают интуиция и опыт. Норма права отыскивается прежде всего с позиции целесообразности, законность остается на втором плане. При рассмотрении дела судья должен идти не от абстрактной нормы к конкретному случаю, а напротив, жизненный опыт должен указать ему на необходимую норму. Конкретизируя свое понимание права, Паунд выделял три его значения: 1) право — это правовой порядок общественных отношений, поддерживаемый систематическим применением силы политически организованного общества; 2) право — это совокупность правовых предписаний, которые применяются судебными и административными органами в данном политически организованном обществе; 3) право — судебный и административный процесс, т.е.

система правоприменения как баланс систем правотворчества и правосудия¹. Соединив воедино эти три значения права, можно получить определение права как высоко специализированную форму социального контроля, осуществляемую на основе властных предписаний в рамках судебного и административного процесса.

Вслед за Иерингом Паунд считал, что цель права заключается в улаживании социальных конфликтов и в достижении цивилизованных отношений в обществе. На ранних этапах развития человечества социальный контроль осуществлялся в основном благодаря религии и морали, к XVI в. значение правовых способов воздействия на поведение людей возрастает, а в XX в. право, обладая принудительным характером, становится главным средством осуществления социального контроля. Это связано с тем, что в современном обществе интересы индивидов достигли высокой степени дифференцированности, а социальная жизнь значительно усложнилась — в этих условиях только право с мощным организационным аппаратом способно уравновесить интересы людей и стабилизировать общество. Деятельность по установлению рационального (правового) порядка в обществе предполагает создание баланса между приоритетными социальными интересами и интересами отдельных индивидов². Не разделяя социалистические идеалы плановой экономики и не поддерживая идеологию неолиберализма, он обосновывал идеи социального равновесия, достижение которых возможно при проведении государством политики компромиссных решений, где ведущая роль принадлежит деятельности судов.

Эта линия развивалась представителями «правового реализма», полагавшими, что право представляет собой судебные решения по конкретным делам. Правила, содержащиеся в статутах, кодексах и других источниках, образуют только материал, из которого судья, разбирая конкретные жизненные ситуации, подлежащие правовому решению, творит право. Согласно позиции американского юриста О. Холмса, закон является только предсказанием того, что сделает суд в реальности. «Каждый человек заинтересован в том, чтобы знать, при каких обстоятельствах и насколько серьезно он рискует столкнуться с силой в тысячи раз мощнее его, и, следовательно, искусство заранее обнаруживать такую опасность становится полноценной профессией. Таким образом, объектом [юридического] познания является предвидение: предсказание того, какие отношения охватываются государственным принуждением посредством механизмов судебной системы»³. Задача юриста,

¹ *Pound R.* The spirit of the common law. Transaction Publishers, 1963.

² *Pound R.* Social control through law. Transaction Publishers, 1997.

³ *Holmes O. W.* The Path of the Law // Harvard Law Review. Vol. 110. No. 5 (Mar., 1997). P. 991. Анализ доктрины О. Холмса см.: *Лесив Б. В.* Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса // История

с этих позиций, заключается в том, чтобы сделать эти предсказания более четкими и обобщить их в целостную взаимосвязанную систему.

Таким образом, и философы, и юристы выстраивают свои концепции исходя из положения, согласно которому право является не описательными сентенциями науки или политическими декларациями, а общеобязательным правилом поведения.

Философы права, ориентируя свое учение на построение какого-либо идеала, подчеркивают его продолжительный характер, с которым связана стабильность в обществе (политическая и личная свобода в трактовке Дж. Локка, Вольтера, Ш.Л. Монтескье, «общество свободно хотящих людей» Р. Штамлера, «социальная солидарность» Л. Дюги, «замиренная среда» М.М. Ковалевского, «организованная защита» С.А. Муромцева, социально-правовое государство П.И. Новгородцева, правовое и социалистическое государство Б.А. Кистяковского и др.). В числе основополагающих вопросов, исследуемых теоретиками права: проблемы соотношения законности и правопорядка, вопросы оценки юридической силы нормативных правовых актов, восполнения пробелов в праве, что также нацеливает на создание в обществе предсказуемой устойчивой «замиренной» среды.

Кроме этого, если сосредоточить внимание на правовой организации конституционного государства, то для уяснения его природы следует обратиться к понятию права «в чистом виде», т.е. не заимствованным из экономических и социальных отношений¹. Иными словами, недостаточно указать на то, что право разграничивает интересы или создает компромисс в обществе — необходимо настаивать на том, что право есть только там, где есть свобода личности. В этом смысле правовой порядок представляет собой систему отношений, при которой все члены общества обладают наибольшей свободой деятельности и самоопределения, а устойчивость и прочность правопорядка выступает лучшим средством для того, чтобы этот порядок сделался справедливым и гарантирующим свободу.

государства и права. 2021. № 5. С. 17–27; *Он же*. О корректном понимании названия трудов О. Холмса «The Common Law» и «The Path of the Law»: теоретико-историческое рассуждение // Юридическое образование и наука. 2021. № 6. С. 23–28.

¹ См.: *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С. 367, 377.

Корнев Виктор Николаевич

*заведующий кафедрой конституционного права
им. Н.В. Витрука Российского государственного
университета правосудия,
доктор юридических наук*

Дуэль Вера Михайловна

*декан факультета
подготовки кадров высшей квалификации
Российского государственного
университета правосудия,
кандидат юридических наук*

Правопорядок и социальный порядок: проблемы соотношения

Категория «правопорядок» широко используется в теории государства и права. С точки зрения этимологии слово «порядок» означает организованность, устойчивость и предсказуемость в построении и функционировании какого-либо социального явления, так как порядок свойственен только миру людей. Он (порядок) может быть установлен и поддерживаться различными средствами и методами вплоть до применения внеправового принуждения. Порядок выступает антиподом неорганизованности, хаосу, анархии т.д.

В словаре Вебстера при конкретизации термина «порядок» отмечается, что этот термин подразумевает состояние мира и спокойствия, надлежащее «упорядоченное поведения», «соблюдение права».

Категория «правопорядок», хотя и производна от слова «порядок», но по своему содержанию и смыслу далеко не так однозначна.

Надо отметить тот факт, что ни в отечественной, ни в зарубежной юридической науке нет единого понимания правового порядка.

На наш взгляд «правопорядок» можно определить следующим образом. Во-первых, как цель и итог правового регулирования, то есть упорядочение системы общественных отношений; во-вторых, правопорядок понимается как одна из форм проявления социального порядка, который устанавливается в результате реализации правовых и иных социальных норм. В-третьих, как такой порядок, который характеризует строение права, выраженное в единстве и непротиворечивости системы норм права и закрепляющих их форм.

Таким образом, понятие «правопорядок» можно рассматривать как юридическую, так и социологическую категорию.

Нормативный подход к пониманию правопорядка был разработан Г. Кельзеном. Ученый рассматривал право как принудительный по-

рядок.¹ В исследованиях по общей теории права и теории международного права Г. Кельзен отождествлял государство и правопорядок. В его теоретико-методологической парадигме государство мылилось как идеальный порядок, как система норм и, таким образом, не как нечто нереальное, а идеальное явление.² В данном случае он рассуждает о правопорядке как о системе норм, оторванных от реальной действительности. С точки зрения разработчика «Чистого учения о праве», правопорядок — это есть без оценочный социальный порядок, который очищен от каких-либо моральных, религиозных и иных метафизических, не относящихся к праву характеристик.

В своих исследованиях Г. Кельзен был последователен в непринятии методологического синкретизма. Правопорядок, по Г. Кельзену, это мир должного, отграниченный от сущего.

В праве Г. Кельзен различал статический и динамический аспекты. Основываясь на динамическом аспекте права, ученый разработал учение о *ступенчатом строении правопорядка* (*Stufenbau der Rechtsordnung*). Эта, разработанная Адольфом Мерклем и интерпретированная Г. Кельзенем в чистое учение о праве теория рассматривает правопорядок не как сумму норм права, установленных законодателем или другим правотворческим органом, а также обычаями и судебными решениями³, а как совокупность принятых на различных уровнях правотворчества актов: от конституции через законы и распоряжения до судебного приговора (Г. Кельзен полагал, что в судебном решении (приговоре) содержится индивидуальная норма — В. К.), а также решения местных органов власти или заключенного индивидуального договора.

Теория ступенчатого строения правопорядка имеет непосредственное значение для теории интерпретации, как идеальной схеме пригодной для толкования (*Deutungsschema*), поскольку, как считал Кельзен, судебные решения, правовые состояния и другие правовые факты, являются результатом толкования отдельных норм права или, по его убеждению, правопорядка в целом.

Учения Меркля и Кельзена о правопорядке оказали существенное воздействие на современную юридическую науку Германии. В публикациях по общей теории права по проблемам понятия и структуры правопорядка ясно видно непосредственное влияние идей названных ученых.

¹ См.: *Кельзен Ганс*. Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сб. переводов. Вып. 1 / перевод С. В. Лезова; отв. ред. акад. В. Н. Кудрявцев, д.ю.н., проф. Н. Н. Разумович. М., 1988. С. 24–43.

² См.: *Kelsen Hans*. Das Problem der Souverinität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen, 1940. S.11.

³ *Merkl A*. Das doppelte Rechtsandlitz. Jur. Blätter, 1918. S.425.

В общей теории права порядок трактуется как иерархическая система форм (источников) права, в которую включаются международно-правовые акты, правовые акты органов Европейского союза, Конституция и т.д. В этой системе нет судебных решений потому, что современная доктрина права в Германии не включает их в разряд форм (источников) права.

Разобранная нами теоретическая интерпретация понятия и структуры порядка имеет не только познавательное, но и сугубо практическое значение. В современной правоприменительной практике она положена в основу системного толкования норм права, подлежащих применению при рассмотрении конкретного юридического дела.

«Правоприменитель, — пишет немецкий ученый-юрист Бернд Рюттерс (Bernd Ruters), — решая конкретное юридическое дело, не ограничивается одной нормой, а обосновывает свое решение, исходя из смысла всего порядка».¹

Ряд теоретиков права, находясь под воздействием идей Г. Кельзена, вместе с тем рассматривают порядок в контексте его социальной обусловленности. Данный подход характерен для известного немецкого теоретика права Ганса Навяски (Hans Nawiasky), который, давая дефиницию порядка, определял его как социально обусловленную систему предписаний, предназначенную для регулирования поведения членов общества, несоблюдение которых влечет за собой применение мер государственного принуждения².

В концепции Навяски государство является носителем порядка. Он также воспринял и развил идею о ступенчатом строении порядка.

Разновидностью нормативно-социологического подхода к раскрытию сущности порядка стала идея «эмпирического порядка», которую разрабатывал Макс Вебер.

Его воззрения складывались под очевидным воздействием нормативной теории порядка, от которой, отмечая ее явную ограниченность, он пытался уйти.

Макс Вебер полагал, что понимание права, прежде всего и главным образом, как совокупности норм ассоциируется с нормативным (идеальным) порядком. Вместе с тем он предостерегал от попыток смешения нормативного и фактического, так как последнее не всегда будет соответствовать идеальному порядку, который конструируется в нормах права. Одна из многочисленных заслуг Макса Вебера перед наукой состоит в том, что он обосновал необходимость различения нормативно-юридического и эмпирического взглядов на порядок

¹ Ruters Bernd. Rechtstheorie. Bonn, 1999. S.156.

² См.: Nawiasky. Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. Zurich / Koln, 1948. S.17, 24.

док. Каждое из этих понятий имеет свою инструментальную научно-практическую ценность. О чем уже в общих чертах отмечалось выше.

В итоге своих рассуждений о соотношении нормативного и фактического он вводит понятие «эмпирического правопорядка». «Эмпирическое» бытие права... мы называем «эмпирическим» правопорядком».¹

Социальный порядок складывается не только под воздействием правовых, но и иных социальных норм. В силу этого в социальном порядке функционируют и взаимодействуют и другие нормативные порядки: нравственный, религиозный и т.д.

Можно сделать вывод о том, что нормативно-юридическая конструкция правопорядка при всех ее изъянах позволяет решать ряд теоретических и практических проблем, возникающих как в системах внутригосударственного, так и международного права. Например, международный и внутригосударственный правопорядки взаимодействуют, прежде всего, как нормативные системы, составляющие нормативную основу правопорядка. Иными словами, они соотносятся как система международного и внутригосударственного права. Как представляется, здесь неизбежным является отождествление правопорядков с системой действующих норм права, в которых выражается идеальный образ правопорядка.

В отечественной теории государства и права нет единого подхода понимания правопорядка. Вместе с тем, как справедливо отмечается в юридической литературе, при наличии множества определений понятие правопорядка их объединяет один общий момент. Во всех имеющихся определениях понятия этой юридической категории утверждается, что он выступает как результат неукоснительной реализации юридических норм, исключительно правомерного поведения, реализованная законность.² Подобная постановка вопроса представляется не совсем правильной, так как «эмпирический» правопорядок, как уже отмечалось ранее, складывается не только под воздействием юридических факторов.

Правопорядок, понимаемый как механическая проекция представлений о нем, заключенных в нормах права, независимо от их содержания, представляет собой безжизненную и весьма опасную конструкцию, которая решительно не соответствует современным потребностям общества и личности, может насаждаться велениями государства с игнорированием ценностных представлений общества.

Правопорядок без аксиологического его обоснования представляет собой абстракцию, которая может наполняться любым содержанием и тем не менее будет именоваться правопорядком, даже если окажется

¹ Цит. по: *Gephart W. Recht und Kultur. Berlin, 1998. S.6–8.*

² См.: *Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. В. М. Сырых. М., 2008. С. 517.*

в явном противоречии с основными правами и достоинством личности. Здесь мы сталкиваемся с проблемой легитимации правопорядка.

Правопорядок в нормативном его значении формируется главным образом в результате правотворческой деятельности государства. Кроме того, формирование нормативной основы правопорядка осуществляется и с участием международного права. Так ч.4 ст.15 Конституции Российской Федерации гласит: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Также следует отметить, что правопорядок формируется и органами местного самоуправления (населением муниципального образования), принимающими муниципальные правовые акты по вопросам местного значения.

Нормативный правопорядок преобразуется в эмпирический (фактический), то есть одну из форм социального порядка, путем трансформации нормативных правовых предписаний в правосознание, а затем и в поступки людей. В этом смысле можно сказать, что правопорядок является динамической характеристикой системы права.¹ Правопорядок, выстроенный без учета критерия легитимности, с неизбежностью вызовет отторжение и не будет восприниматься как ценность ни массовым, ни групповым, ни индивидуальным правосознанием.

Для формирования научной концепции правопорядка важное значение имеет выяснение вопроса о соотношении правопорядка с социальным порядком.

В современных исследованиях отечественных ученых-юристов предлагается отказаться от одного из важнейших положений концепции правопорядка, согласно которому правопорядок рассматривается как часть социального (общественного) порядка, существующего наряду с нравственным, религиозным, политическим, экономическим и иными порядками. В связи с этим О. П. Сауляк отмечает, что при таком определении соотношения правопорядка и социального порядка последний предстает как дискретное явление, включающее самостоятельные сегменты с четко очерченными границами, переступив которые можно переместиться из области правопорядка в зону порядка политического, экономического и т.д. Однако в реальности правопорядок не существует в «чистом» виде, в отрыве от политического, морального и других порядков.

Социальный порядок есть ценность, которая не может делиться на части, способные функционировать независимо друг от друга. Вме-

¹ См.: *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. Монография. М., 2012. С. 476 и след.

сте с тем, он имеет множество форм проявления, ни одна из которых не исключает любую другую. Одной из таких форм и является правопорядок.¹

Правопорядок фактически складывается в результате взаимодействия с иными порядками. Современный подход к правопорядку как одной из форм проявления социального порядка состоит также и в том, что к нему относят не только правомерное поведение индивидов, но и совокупность противоправных поведенческих актов. Такое понимание сущности правопорядка способствует формированию реалистического взгляда на фактическое состояние упорядоченности отношений, образующих социальный порядок.

Для оценки эффективности правопорядка немаловажным показателем является качество законодательства. Закон или иной нормативный правовой акт должен следовать не только специально-юридическим и моральным требованиям, но и ряду иных требований социального характера. Это зависит от способности законодателя максимально учитывать закономерности общественного развития, интересы и потребности общества, а также от знания научных основ правотворчества.

Законодательные и иные правотворческие органы в своей деятельности по созданию нормативных основ правопорядка должны непременно учитывать антикоррупционную направленность принимаемых нормативных правовых актов, поскольку коррупция имеет, наряду с правовым нигилизмом, характер системной угрозы правопорядку.

На формирование и эффективность правопорядка влияет характер деятельности правоприменительных органов. Особое место здесь занимает судебский корпус. Судья, принимая решение по конкретному делу, говорит от имени государства. Качество правосудия зависит не только от качества применяемых нормативных правовых актов, но и от того, насколько подготовлен судья профессионально, каковы его личные качества, какие его моральные и правовые установки. В практической деятельности по применению нормативных правовых актов формируется реальный (фактический) правопорядок.

Правопорядок, будучи одной из форм социального порядка, основан, прежде всего, на реализации норм права. Вместе с тем, правовые нормы — это не единственные социальные нормы, которые составляют предпосылку правопорядка.

Помимо права нормативное регулирование общественных отношений осуществляется при помощи иных социальных норм. Нормативное регулирование определяет в отношениях «человек к человеку» социальный порядок в условиях взаимодействия множественных факторов.

¹ См.: Сауляк О. П. Законность и правопорядок: на пути к новым парадигмам. М., 2009. С. 48.

В отношениях между людьми складываются нормы, обеспечивающие целостность форм жизнедеятельности людей, определяющие социальный порядок в обществе. Их называют социальными нормами.

Социальные нормы – общие правила поведения людей, выражающие волю участников социальных связей, регулирующих общественные отношения в интересах упорядочения форм их взаимодействия и поддержания целостности общества.

В обществе существует множество социальных норм, имеющих свой предмет регулирования: мораль, религиозные, политические, корпоративные и иные нормы. Особое место среди них занимает право в силу специфических его свойств, которыми оно обладает.

Право, в процессе обеспечения правопорядка, взаимодействует со всеми социальными нормами. Особое значение имеет взаимодействие права и морали. Мораль также представляет собой мощный регулятор поведения людей. Она является одной из форм общественного сознания. В морали отражаются представления людей о добре и зле, справедливости и несправедливости, т.е. о том, что обществом либо поощряется, либо, наоборот, порицается. Система моральных норм образует основу морального порядка.

При рассмотрении соотношения права и морали прежде всего надо отметить их общие черты.

Право и мораль обладают свойствами нормативности, поскольку устанавливают общие правила поведения, которым должны следовать участники общественных отношений. Иными словами, и право и мораль регулируют поведение людей. Нормы права и нормы морали основываются на общих, фундаментальных ценностных представлениях о человеческом общежитии. Право и мораль служат одной цели – созданию и поддержанию «замыренной среды», обеспечению социального порядка.¹

Различение права и морали проводят по следующим позициям. Исторически первой возникает мораль, а затем уже и право. Сфера общественных отношений, которые регулируются моралью гораздо шире, чем сфера регулирования права. По словам Л. И. Петражицкого нормы морали имеют более возвышенный характер. Правовые более прозаичны и тесно связаны с материальными интересами, чего нельзя сказать о нормах морали.² Еще Сенека отмечал, что мораль порой запрещает делать то, что разрешает право.

Одним из существенных свойств права, как уже отмечалось, является формальная определенность, нормы права имеют предостави-

¹ См.: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 174–177.

² См.: *Petrażycki L.* O pobudkach postapowania i o istocie moralnosci i prawa. Warszawa, 1924. S.39.

тельно-обязывающий характер. Нормы морали — это односторонне обязывающие требования, исходящие от общества, но не от государства. Их исполнение обеспечивается силой общественного мнения, а также внутренней самооценкой индивида, внутренними переживаниями (совестью).

Право и мораль, несмотря на то, что они направлены на регулирование поведения людей, нельзя отождествлять. Вместе с тем в условиях тоталитарных и авторитарных режимов нередки случаи их отождествления. Так, например, в нацистской доктрине права признавалось, что позитивное право является критерием моральности поступков. При нацистском режиме господствовал принцип: моральным является не только то, что не запрещено, но и то, что предписано актом государственной власти, а предписания власти нацистского государства попирали элементарные нормы человеческой морали¹. Концепция совпадения права и морали в социалистическом обществе развивалась советскими учеными².

Нормы морали не имеют общеобязательного характера, поскольку в мире нет абсолютной и универсальной морали. Вместе с тем общество людей не может нормально существовать без морали, так как мораль выполняет роль своеобразного цемента, который скрепляет общество. Упадок морали приводит к тому, что общество превращается в агрегат ничем не связанных между собой индивидов.

Право и мораль активно взаимодействуют. Прежде всего, надо отметить то, что в основе правопорядка лежит определенный ценностный порядок. Более того, мораль является не только основой права, но и также целью, ибо право служит господствующей морали. Право при помощи приведения в действие санкций осуществляет лежащие в его основе ценностные представления, а также защищает их от нарушений. На основе системы моральных ценностей возможна нравственная оценка норм действующего позитивного права и основного на нем правопорядка.

Совершенно недопустимыми являются явные или неявные попытки принижения роли регулятивных свойств морали, что, к сожалению, имеет место быть в современной России. Взаимодействие права и морали состоит в том, что эффективное действие права возможно только в условиях, когда в обществе и государстве соблюдаются требования общечеловеческой морали.

Легитимация правопорядка — это акт признания в массовом правосознании действующих норм права, который носит моральный характер. Для нас важно уяснить, на чем же все-таки основывается признание правовой нормы как решения и установления государства

¹ См.: *Jankowski H.* Prawo i moralnosc. Warszawa, 1968. S.8.

² *Карева М. П.* Право и нравственность в социалистическом обществе. М., 1951.

и почему гражданин воспринимает какую-либо норму права как необходимое условие для совершения собственных поступков. Этот процесс Л. И. Честнов называет стадией воспроизводства правопорядка¹.

В контексте проблемы действия права, акт его признания со стороны граждан нельзя сводить исключительно к тому, что право признается правом только в силу его установленности государством, потому что оно осуществляется государством и гарантируется им угрозой применения санкций за нарушение норм права. Это может породить только повиновение праву. Подлинным признанием права можно считать восприятие его на уровне свободного правового убеждения в необходимости и оправданности существования правовых норм. На убеждении основывается уважение. Следовательно, признание права, а стало быть, и правопорядка в социально-психологическом аспекте на этой стадии возвышается до моральности. Повиновение праву рождается на уровне законности, а признание права имеет в своей основе моральные предпосылки. «Совесть, — отмечал французский философ П. Рикер, — является не чем иным, как глубинным повиновением закону как закону, — из чистого уважения к нему, а не просто сообразуясь высказыванием правила. Определяющее слово здесь — уважение»².

Признание права в нравственном аспекте имеет важнейшее значение. Длительное и устойчивое действие установленных государством правовых норм достигается только в случае признания их народом. Но когда установленные государством нормы отвергаются подавляющим большинством народа, тогда эти нормы предстают перед народом как неправо. Возникает противоречие между действующим позитивным правом и массовым правосознанием. Ни о каком признании права не может идти речи. Тогда право может приводиться в действие при помощи применения мер государственного принуждения. Следовательно, для создания условий необходимых для устойчивого правопорядка и стабильности государственной власти государство, при установлении правовых норм, должно учитывать характер базовых моральных ценностей самого широкого круга своих граждан.³ Таким образом, мораль, имея свой специфический предмет регулирования, тесно взаимодействует с правом, чем способствует формированию устойчивого правопорядка.

Регулятивную социальную роль и при том весьма существенную играют обычаи. Обычаи — это такие правила поведения, которые сложились в результате их фактического многократного применения.

¹ См.: Честнов Л. И. Указ.соч. С. 478.

² Рикер Поль. Справедливое. М., 2005. С. 177.

³ См.: Радбрух Густав. Указ.соч. С. 100.

Обычаи взаимодействуют с правом. Речь идет, прежде всего, о бытовых, профессиональных, национальных и иных подобных им обычаях. В этом случае они действуют самостоятельно, отдельно от права.

Наряду с вышеуказанными следует различать и правовые обычаи. В основе правового обычая находится обычай бытовой или иной подобный ему обычай. Правовым он становится в силу признания его таковым законом (ст.5 и п.1 ст.19 ГК РФ) или санкционирования его государством в иной форме.

Обычаи, санкционированные нормативными правовыми актами, наряду с нормами права, составляют нормативную основу правопорядка. Норма права, по замечанию Кельзена, устанавливается актом воли либо обычаем.

Обычай представляет собой древнейшую форму права. В современной юридической науке нет однозначного отношения к обычаю как форме права. Однако нельзя не согласиться с мнением профессора М. Н. Марченко, считающего, что «роль обычая в разные времена менялась, но никем не отменялась».¹ В отечественной и зарубежной юридической науке существуют различные определения понятия правового обычая. Однако во всех определениях этой формы права общим местом является то, что обычай приобретает юридические свойства только тогда, когда он санкционируется, признается государством как правовой регулятор общественных отношений. Например, А. Б. Венгеров отмечал, что «обычаи и их правовая форма, которая устанавливается признанием, утверждением государством складывающихся или сложившихся отношений, которым следуют участники этих отношений только потому, что так заведено, что им следуют все, — это мощное регулятивное средство, которое сохраняет свое значение и в современных социальных условиях во многих странах».² И. Н. Миронова предлагает понимать обычай как форму объективации общественно значимой социальной нормы, не выраженной в писаном акте, сформированной в результате сознательной совместной деятельности группы людей, многократно применяемой в течение более или менее длительного отрезка времени и формально легитимированной компетентными органами, в силу чего охраняемой силой государственного принуждения.³ В этом же русле высказывался В. А. Туманов: «...история права свидетельствует о том, что

¹ *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение: учебник для вузов. Общая часть. М., 2001. С. 33.

² *Венгеров А. Б.* Теория государства права: учебник для юридических вузов. 6-е изд. стереотип. М., 2009. С. 393.

³ См.: *Миронова И. Н.* Правовой обычай как источник современного российского публичного права. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 65.

обычай становились правовыми лишь тогда и постольку, когда и постольку они санкционировались государственной властью, путем судебной практики или с помощью иных государственных форм».¹ Можно привести еще большое количество определений понятия правового обычая, в которых непременным его признаком является санкционирование со стороны государства.

В юридической науке называются различные виды санкционирования обычая. Например, известный итальянский правовед Бруно Леони считает, что главными видами государственного санкционирования обычая являются прямое и косвенное санкционирование. Прямое санкционирование происходит тогда, когда государство непосредственно ссылается на соответствующий обычай как форму права, закрепляет его в действующем законодательстве и устанавливает санкцию за его нарушение или ненадлежащее исполнение. При косвенном санкционировании обычай используется постоянно и систематически, прямого указания на него в законе не существует, но государство по молчаливому согласию признает обычай формой права.²

Примером первого вида санкционирования может служить Федеральный закон от 7 мая 2001 года «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации», который допускает регулирование отношений в области охраны и использования этих территорий обычаями малочисленных народов, если такие обычаи не противоречат действующему законодательству (ст.2).³

Конечно, государство санкционирует только такой обычай, который отвечает целям и задачам государственной власти. По содержанию он остается тем же правилом поведения, но обретает возможность государственно-принудительной реализации: если не сработает сила привычки, в дело вмешивается государство. Обычаи, противоречащие государственным целям, общечеловеческой морали, как правило, запрещаются. Последнее требование логически вытекает из обусловленности обычая народным убеждением. На нравственную обусловленности правового обычая указывали многие отечественные ученые-юристы: П. Г. Виноградов, Д. И. Мейер, Е. Н. Трубецкой, Г. Ф. Шершеневич. Вместе с тем нравственные оценки того или иного поступка могут меняться в зависимости от различных обстоя-

¹ Туманов В. А. Вступительная статья // Карбонье Ж.. Юридическая социология. Благовещенск, 1998. С. 17.

² См.: *Leoni B. Legal Positivism*. Milano / Boston, 1961, P.22–27.

³ См.: *Кочетыгова Н. И.* Этнический правовой обычай как источник права в России. Ростов-на-Дону, 2007; *Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т.* Т. 2 / отв.ред. М. Н. Марченко. М., 2011. С. 301 (автор И. Ф. Мачин).

тельств. Под нравственным характером обычая понимается его соответствие моральным представлениям, нормам и правилам, действующим в конкретном обществе. Очевидно, что «обычай не должен противоречить нравственности: общество не может признавать прав, несовместимых с доброй нравственностью. Впрочем, это условие заключается уже в том, что обычай должен содержать в себе правовое воззрение, которое есть не что иное, как проявление нравственного закона в применении к общежитию».¹ Поэтому некоторые исследователи правовых обычаев относят этот признак не к обязательным, а к факультативным признакам.² Кроме требования нравственности обычая к нему предъявляются и иные требования: многократность и единообразие применения, длительность существования обычая, а также обусловленность обычая мировоззрением, убеждением народа. Данное суждение соответствует традициям исторической школы права, а также свойственно отечественной юридической науке. Об этом писали Г. Ф. Шершеневич, П. И. Новгородцев, И. А. Покровский, Н. М. Коркунов. Последний, например, отмечал, что «существующее между людьми постоянное общение приводит к объективированию нашего правосознания. Юридические нормы, первоначально вырабатываются субъективным сознанием, под влиянием условий жизни получают внешнее объективное выражение в сложившихся обычаях, в оставившейся судебной практике, в издаваемых органами государственной власти законах».³

Возвращаясь к такому признаку правового обычая, как санкционирование его государством обратимся к способам санкционирования. На этот счет юридической науке существуют различные суждения. Наиболее полный перечень способов государственного санкционирования обычая представлен О. В. Маловой в ее кандидатской диссертации.⁴ Она выделяет шесть способов государственного санкционирования.

- 1) Законодательное санкционирование:
 - общее санкционирование;
 - частное санкционирование.
- 2) Правоприменительное санкционирование:
 - судебное санкционирование;
 - санкционирование органами исполнительной власти.

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.) Ч. 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902 / под ред. В. С. Ем; авт. вступ. ст. А. Гольмстен. 3-е изд., исп. М., 1999. С. 55.

² См.: Миронова И. Н. Указ. соч. С. 83.

³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 9-е изд., М., 1909. С. 275–276.

⁴ См.: Малова О. В. Правовой обычай как источник права. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2002. С. 71–86.

3) Ведомственное санкционирование.

4) «Молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычаев в деятельности государственных органов.

5) Признание государствами международного обычая.

Важным моментом в определении роли обычая в формировании правопорядка является выяснение его соотношения с законом.

В юридической науке (Р. Давид) выработано три подхода в определении соотношения обычая и закона:

1) обычай в дополнение к закону (*secundum legem*). С помощью обычая осуществляется детализация закона. Такие обычаи не только дополняют, но и поддерживают существующее законодательство, что обуславливает необходимость их существования.

2) обычай «кроме закона» (*praeter legem*). Данный обычай рассматривается как вполне самостоятельная форма права по отношению к нормативным правовым актам и иным формам права. М. Н. Марченко отмечает, что «область применения обычаев типа *praeter legem* ограничена кодифицированным и иным законодательством».

3) обычай «против закона» (*adversus legem*). Этот обычай — редкое явление в праве, который не только не приветствуется, но и в ряде случаев запрещается на законодательном уровне.

Существенное значение для выяснения соотношения обычая и правопорядка имеет классификация обычаев по сфере их действия, так как законодатель или иной правотворец обязан учитывать специфику действующих правовых обычаев.

Можно выделить следующие виды правовых обычаев:

1) местные обычаи, которые регулируют общественные отношения, складывающиеся с учетом местных особенностей;

2) национальные обычаи, которые учитываются при регламентации некоторых правоотношений в гражданском, семейном праве;

3) специальные обычаи, которые сложились в банковском деле, торговой, биржевой, предпринимательской и т.д. деятельности. Данные обычаи предназначены для регулирования конкретных отношений и не могут применяться к другим, не относящимся к специфике регулируемой деятельности.

В современной правовой реальности роль обычая как нормативной основы правопорядка возрастает, что обусловлено объективными причинами: формирование рыночной экономики, обострение международных отношений, развертывание процессов глобализации и т.д.

Право взаимодействует с религиозными нормами. В юридической науке высказаны обоснованные суждения о том, что «наибольшую роль в возникновении и развитии права играла религия»¹.

¹ Лейст О. Э. Указ. соч. С. 159.

Религиозные нормы имеют сходство с правовыми нормами, поскольку они регулируют поведение человека. В целом же, говоря о религии, она имеет регулятивную функцию, которая состоит в том, что с помощью определенных идей, ценностей, установок стереотипов, мнений, традиций, обычаев, институтов осуществляется управление деятельностью и отношениями, сознанием и поведением индивидов, групп, общин¹.

Религиозные нормы — это разновидность норм социальных, совокупность которых составляет нормативную основу религиозного порядка, как одной из форм выражения социального порядка вообще. Эти нормы, направленные на регулирование поведения людей, устанавливаются различными вероисповеданиями и обязательны, прежде всего, для верующих. Вместе с тем нормы прямо или косвенно оказывают влияние на правовые нормы и находятся во взаимодействии с правопорядком, создавая тем самым режим упорядоченности и устойчивости социального порядка.

По регулятивному значению и по источникам, в которых находят свое выражение религиозные нормы, их можно классифицировать следующим образом.

Во-первых, это такие нормы, которые содержатся в религиозных книгах: Ветхий и Новый Завет, Коран, Сунна, Талмуд, буддистские религиозные книги и т.д. Во-вторых, нормы, содержащиеся в решениях руководящих органов различных конфессий (например, Архиерейский Собор Русской Православной Церкви). В-третьих, нормы, которые излагаются в трудах выдающихся религиозных деятелей. И, наконец, нормы позитивного права, с помощью которых государство регулирует государственно-конфессиональные отношения. Указанные нормы имеют нерелигиозную природу, но они имеют большое значение для установления нормальных отношений между различными конфессиями и государством. В современной России нормативную базу таких отношений, прежде всего, составляют Конституция РФ 1993 г. (ст.28), Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» от 26 сентября 1997 г.

Религиозными нормами устанавливается порядок организации и деятельности религиозных объединений, отправление обрядов и т.д. Религиозные заповеди имеют моральное содержание и предписывают верующим образ поведения среди верующих и мирян. Религия оказывала и оказывает существенное влияние на право и правопорядок. В Новом Завете выражен ряд всем известных морально-религиозных предписаний, которые оказывают как непосредственное регулятивное воздействие на поведение людей,

¹ Философия права. С. 132.

так и закрепляются в соответствующих нормах права: не убивай, не кради, не прелюбодействуй и т.д. В рамках христианской религии была обоснована идея религиозного естественного права, в основе которой лежат, в частности, положения Нового Завета. В соответствии с христианским учением божественный закон (*Lex aeterna*) выше законов, созданных людьми: «...должно повиноваться больше Богу, нежели человекам» (Деяния апостолов 5,29). В отношении язычников, которые не веруют в божественный закон, апостол Павел говорит: «Ибо, когда язычники, не имеющие закона, по природе законное делают... они показывают, что закона у них написано в сердцах, о чем свидетельствует совесть их и мысли их» (Ап.Павел послание к римлянам 2,14; 2,15). Следуя этим и другим положениям Нового Завета, Фома Аквинский и создал свое учение о естественном праве. Совокупность четырех законов: вечный (*lex aeterna*), естественный (*lex naturalis*), человеческий (*lex humana*) и божественный (*lex divina*) составляли согласно теории этого религиозного мыслителя основу миропорядка.

Теологическая теория естественного права имеет несомненные заслуги, которые до сих пор не потеряли своей значимости для юридической науки и практики, в том числе и интерпретации сущности правопорядка в контексте его взаимодействия с религиозным порядком.

Во-первых, теологическое учение о естественном праве указывает на то, что правопорядок основан на бесспорной и очевидной связи права и морали; право является ценностно обоснованным социальным регулятором.

Во-вторых. В соответствии с положениями естественного права в его религиозном варианте основным ориентиром правотворческой деятельности государства является, выраженный в священном писании христианский нравственный закон: признание равного достоинства за всеми людьми.

В-третьих, религиозное учение о естественном праве юридически оправдывало права людей на восстание против тирании власть предержащих, что затем нашло свое закрепление в конституционных актах отдельных государств.

Кроме того, надо отметить роль естественно-правовых идей, в том числе и в христианском варианте, а может быть и в первую очередь выходит на первое место, когда разрушается старый правопорядок и возникает необходимость формирования нового. В истории развития государств такая необходимость обуславливалась фактами падения тоталитарных и авторитарных режимов и актуальной потребности становления на их руинах демократических правопорядков.

В ряде современных мусульманских государств религиозное право имеет непосредственное юридическое значение. Шариат (пер. с араб. «прямой правильный путь») составляет нормативную основу мусуль-

манской правовой культуры, мусульманского правопорядка. Закон шариата — это правовая система поведения правоверных, их обязанности перед людьми, обществом и Аллахом.¹

Для Российской Федерации, как многонациональной и многоконфессиональной страны весьма важной является проблема влияния религиозного права, в частности, мусульманского, на формирование и функционирование правовой системы и правопорядка. Современная российская правовая система, как подчеркивает профессор М. Н. Марченко, находится в состоянии переходного периода, поэтому на нее воздействуют различные правовые системы, в том числе и мусульманская. Для этого есть все объективные и субъективные основания, поскольку мусульманский менталитет имеет хотя и не решающее, но определенное значение и не учитывать этот факт попросту нельзя. Более того, он все чаще заявляет о своем существовании в различных формах.

В силу этого специалистам-юристам как практикам, так и теоретикам не бесполезно знать основные положения мусульманской культуры и мусульманского права, а при осуществлении правотворческой и правоприменительной деятельности органов государства непременно учитывать то, что мусульманский фактор в правопорядке существует, наряду с другими.

Данная проблематика обсуждается на общегосударственном уровне, что свидетельствует о серьезности вопроса для обеспечения устойчивого правопорядка в нашей стране. Сошлемся на статью Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, профессора В. Д. Зорькина «В хаосе нет морали», в которой он отмечает: «там, где на общегосударственном уровне, на уровне единой для всего народа религиозно-культурной нормы наличествует то, что созвучно шариату — там шариат нормален. А называть его патологией — ненормально. А также бестактно, аморально, контрпродуктивно».²

Нормы шариата действуют на уровне обычаев, и с этим фактом приходится считаться.

Христианский, по сути естественно-правовой, вариант отношения религии к праву и действующему правопорядку в Российской Федерации сформулирован и выдвинут Русской Православной Церковью в документах, принятых Архиерейским Собором Русской Православ-

¹ Подробнее о мусульманской правовой системе см.: *Сюкияйнен Л. Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики / отв.ред. В.А. Туманов. М., 1986; *Он же.* Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1957. *Саидов А. Х.* Мусульманская правовая культура // *Философия права* / отв.ред. М.Н. Марченко. М., 2011. С. 31—100 и др.

² Российская газета. 2012, 12 ноября.

ной Церкви: «Основы социальной концепции Русской Православной Церкви», «Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека». В принятии названных документов выражено еще одно функциональное назначение религии, которое практически сопоставимо с функцией права: легитимирующее-разлегитимирующая функция. Суть данной функции религии состоит в узаконении некоторых социальных институтов (государственных, политических, правовых и др.), отношений, норм образцов как должных или, наоборот, утверждение неправомочности каких-то из них. Религия выдвигает высшее требование, в соответствии с которым дается оценка определенных явлений и формируется определенное отношение к ним.¹

В «Основах социальной концепции Русской Православной Церкви» прямо отмечается, что «право признано быть проявлением единого божественного закона мироздания в социальной и политической сфере. Вместе с тем, всякая система права, создаваемая человеческим сообществом, является продуктом исторического развития, несет на себе печать ограниченности и несовершенства. Право — особая сфера, отличная от смежной с ней этической сферы: оно не определяет внутренних состояний человека... Вместе с тем, никакое человеческое сообщество не может существовать без права и правопорядка».

В приведенном нами отрывке нетрудно заметить наличие идей и постулатов теологической теории естественного права. Здесь также достаточно четко обозначается водораздел сфер регулятивного воздействия права и морали, права и религии.

В социальной концепции Русской Православной Церкви утверждается приоритет религиозно-этических ценностей над позитивным правом и правопорядком, абсолютные ценности выступают в качестве этических стандартов для оценки права и правопорядка.

Особое внимание в документах Русской Православной Церкви уделено правам и свободам человека. В контексте христианского правосознания идея прав и свобод человека неразрывно связана с идеей служения. Они (права и свободы) даны человеку для того, чтобы он мог наилучшим образом наполнять свой долг не только перед Богом и церковью, но и перед людьми, семьей, государством, народом и иными человеческими сообществами.

Всем правам и свободам человека дается религиозно-этическая интерпретация и оценка.

¹ См.: Философия права: курс лекций: учебное пособие / отв.ред. М. Н. Марченко. С. 132–133.

В документах содержатся положения, которые прямо направлены против существования безоценочного позитивного права и апологетики его с позиций юридического позитивизма, потому что в таком случае порождается не критичное отношение к нормам действующего права и правопорядку в целом. Позитивисты полагают, что общество может вводить самые разные нормы, даже противоречащие морали, а с другой стороны, считают любой действующий закон легитимным уже в силу самого его существования.

Главным связующим звеном между религией, правом и правопорядком является утверждение о том, что нравственность, то есть представления о праве и добродетели, всегда предшествует закону, который и возник из этих представлений. Вот почему, — как отмечается в «Основах учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека», — эрозия нравственности всегда, в конце концов, ведет к разрушению законности», добавим от себя, также правопорядка в целом.

В заключении представляется необходимым обозначить следующие выводы.

1. Правопорядок — одна из форм выражения социального порядка.

2. В основе социального порядка лежит нормативное регулирование.

3. Социальное нормативное регулирование, основываясь на совокупности социальных норм различных видов (каждый из которых обладает уникальными, присущими только этому виду свойствами), преследует общую цель — упорядочивание всей системы общественных отношений.

4. Наличие общей цели генетически объединяет социальные нормы в единое целое, позволяет представить систему социального регулирования как единую и согласованную систему, а, результат ее функционирования — установление порядка в обществе — как единую и согласованную совокупность нормативных порядков (правапорядка, религиозного, морального, порядка, основанного на обычаях и проч.).

Сауляк Олег Петрович

*заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин
Института права и управления Московского городского
педагогического университета,
доктор юридических наук*

Правопорядок как фактор обеспечения стабильности правовой системы

Проблематика, связанная с обеспечением стабильности развития социальных систем, традиционно находится в центре внимания представителей различных отраслей научного знания. Интерес ученых к этим проблемам вполне объясним. Социальные системы относятся к числу открытых, сложноорганизованных, способных обмениваться с окружающей средой веществом, энергией и информацией. Принципиальные основы процессов эволюции и функционирования таких систем не могут быть описаны с помощью жестко заданных математических формул. Они поддаются объяснению лишь с позиций синергетического подхода, который требует учитывать нелинейность социального развития.

Стабильность в социальных системах чаще всего определяется как состояние хрупкого динамического равновесия, обусловленное сложной комбинаторикой системообразующих и системоизменяющих факторов (внутренних и внешних, объективных и субъективных, закономерных и случайных). Так, «набор» внешних детерминант, влияющих на социальную систему, не остается неизменным. Кроме того, такие системы способны к саморазвитию, вследствие чего становится другим сочетание внутренних факторов. Любые перемены в группах факторов оказывают «возмущающее» воздействие на систему, которое далеко не всегда несет в себе положительный заряд, зачастую нарушая состояние хрупкой системной устойчивости, вызывая изменения в количественных, качественных, структурных, содержательных и функциональных характеристиках системных образований.

Просчитать заранее до деталей (с абсолютной точностью) возможные варианты этих изменений практически невозможно. Можно делать только вероятностные прогнозы. При этом точность прогнозирования во многом зависит от того, какое количество факторов, оказывающих прямое и косвенное воздействие на систему в целом, ее подсистемы (элементный состав) и структурные связи, будет подвергнуто всестороннему и объективному научному анализу.

Решение задачи, связанной с точным определением параметров социальной системы даже в ближайшем будущем, осложняется еще и тем обстоятельством, что изменения в группах системообразующих и системоизменяющих факторов зачастую носят случайный характер.

Нередко случайность, которая по своим параметрам незначительно отклоняется от исходных установок социальной системы, а потому часто даже не улавливается на «входе» в нее, способна спровоцировать гигантские превращения и видоизменения в ее организме, четко фиксируемые на «выходе». При этом метаморфозы, переживаемые такими системами, могут быть «окрашены» как в позитивные, так и негативные тона. «Ведомые» случайностью эти системы способны двигаться как по пути укрепления своих структур и устойчивости, так и в обратном направлении — к состоянию распада и хаоса. Сохранение стабильности в этом случае во многом зависит от диссипативного потенциала социальной системы, который связан с ее возможностями противостоять воздействию неблагоприятных факторов и тенденций, «перерабатывать» (или, как минимум, снижать) их деструктивное влияние, «подстраивая» в дальнейшем его под свой функционал¹.

Отечественная юридическая наука тоже вносит свою лепту в изучение проблем обеспечения стабильности эволюции сложноорганизованных социальных систем. Предмет ее научных интересов на протяжении последних десятилетий сопряжен с анализом разнообразных факторов, определяющих устойчивость развития и функционирования правовых систем государственно-организованных социумов².

Термин «правовая система» вошел в научный оборот относительно недавно, во второй половине ушедшего столетия. В научной литературе в этой связи отмечается, что введение в юридический лексикон понятия «правовая система» первоначально было призвано примирить сторонников различных концепций понимания права, которые зачастую резко расходились в трактовке его сущностных, содержательных и функциональных характеристик³. Получив юридическую прописку, термин «правовая система» практически сразу стал рассматриваться в качестве категории (ключевого понятия) юридической науки,

¹ Драматичным примером подобной ситуации является пандемия COVID-19, которая «затронула практически все страны мира и оказывает серьезное влияние на функционирование их органов власти. В условиях фактически сложившейся чрезвычайной ситуации у государств есть две стратегии действий: преодолевать данные обстоятельства в рамках существующего конституционного порядка и правового регулирования или вводить особый правовой режим. Сегодня выбор одного из этих двух вариантов реагирования на пандемию COVID-19 активно обсуждается политиками и экспертами, и каждый из них имеет свои плюсы и свои минусы». См.: *Варламова Н. В.* Пандемия COVID-19 как вызов конституционному правопорядку // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6. С. 17.

² См., напр.: *Шундилов К. В.* Устойчивость и нестабильность в правовой жизни общества // Современное право. М.: Новый Индекс, 2008, № 1. С. 33–38; *Пашенко И. Ю.* «К вопросу стабильности правовой среды и законодательства в Российской Федерации» // Science Time. 2014 № 12 (12). С. 399–408.

³ См.: *Поленина С. В.* Законотворчество в Российской Федерации. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С. 11.

в силу чего приобрел вполне конкретную практическую значимость. Современная теория и практика правового регулирования исходят из того, что стабильность правовой системы выступает в качестве необходимого фактора обеспечения устойчивого развития современного российского социума и обеспечения национальной безопасности Российского государства¹.

На сегодняшний день нет недостатка в авторских дефинициях правовой системы, но в целом можно констатировать общую тенденцию: большинство правоведов трактуют это понятие максимально широко, включая в правовую систему в качестве элементов само право как систему социо-нормативного регулирования, а также все явления, отношения, процессы, которые им опосредованы. Например, В. В. Оксамытный определяет правовую систему как «исторически обусловленную и объективно сложившуюся совокупность правовых явлений, институтов и процессов, закрепляющих и поддерживающих нормативно стабильные отношения в государственно-организованном обществе»². Аналогичной точки зрения придерживаются и другие авторы³.

Особым элементом правовой системы является правопорядок. В рамках последней правопорядок выступает в двух ипостасях: с одной стороны, как цель правового регулирования; с другой стороны, как реально достигнутый результат юридической регламентации. Соотношение реально достигнутого результата какой-либо деятельности и первоначально поставленных целей традиционно трактуется наукой как показатель, который позволяет судить об эффективности этой деятельности. Сфера правового регулирования в данном случае не является исключением. С учетом этих обстоятельств эффективный правопорядок традиционно рассматривается в научной литературе не только как неперемное условие обеспечения стабильности национальной правовой системы⁴, но и как своеобразный ключ к решению других

¹ Указ Президента РФ от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 05.07.2021, № 27 (часть II), ст. 5351

² См.: Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. В. Габов и др.; под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М.: ИЗИСП, НОРМА, ИНФРА-М, 2017. С. 17.

³ См., напр.: *Егоров А. В.* К вопросу о формировании правовой системы Союзного государства Беларуси и России // Журнал российского права. 2021. № 6. С. 15–17; *Лазарев В. В.* Идеология конституционного реформирования правовой системы Российской Федерации // Журнал российского права. 2021. № 4. С. 5; *Напалкова И. Г.* Национальные правовые системы: понятие и классификация // Российский юридический журнал. 2021. № 1. С. 48–49.

⁴ См.: *Сорокин В. В.* Концепция эволюционного развития правовой системы в переходный период: Автореф. дис... д-ра. юрид. наук. — Екатеринбург, 2003. — 15 с.

многочисленных проблем, возникающих в различных сферах жизни современных государственно-организованных обществ¹.

Подобная позиция авторов не вызывает каких-либо возражений. Действительно, правопорядок — это «нервный узел», «болевая точка» пересечения различных проблем, с которыми сталкивается общество на конкретном этапе своего развития. Нет ничего удивительного в том, что сегодня практически любое серьезное правовое исследование, вне зависимости от того, выполнено ли оно в рамках общей теории права, в сфере отраслевых либо специально-прикладных юридических наук, прямо или косвенно затрагивает вопросы функционирования и совершенствования правопорядка в современной России.

Вместе с тем, несмотря на значительное число работ по данной тематике, многие аспекты правопорядка как политико-правового и социально-культурного феномена все еще остаются малоисследованными или дискуссионными. К их числу, например, относятся понятия, структура, модели правопорядка; критерии его эффективности и оценки реального состояния в различных сферах общественной жизни; способы укрепления в условиях усложнения политико-правовой и социально-экономической обстановки в стране и в мире.

Наличие несовпадающих точек зрения и даже диаметрально противоположных взглядов по одному вопросу — явление для юридической науки абсолютно нормальное. Даже сомнительные высказывания допустимы в теоретических спорах, посвященных тем или иным проблемам правопорядка. В этом случае ошибка, если даже она имеет место, не влечет каких-либо серьезных последствий. Однако значительно сложнее развивается ситуация, когда сомнительная юридическая концепция переносится в практическую плоскость, закладывается в основу процессов правового регулирования. Такие ошибки и их следствия довольно болезненно «переживаются» индивидами, обществом и государством.

Исторический опыт свидетельствует, что интерес к проблемам обеспечения правопорядка особенно активизируется в переходные периоды развития общества, характеризующиеся проведением масштабных, кардинальных преобразований, в ходе которых возникает необходимость изменения социальных правил, пересмотра систем юридических, нравственных и ценностных ориентиров. Резкое крушение привычного уклада жизни, «старого» порядка зачастую порождает у людей ощущение утраты контроля над происходящими событиями, подпитывает развитие в социальных системах деструктивных тенденций. В такие периоды неизмеримо возрастает роль правоведения в связи с необходимостью разработки научно-обоснованных предложений по укреплению правопорядка в общественной жизни.

¹ См.: *Артемов В. М.* Правопорядок в современном российском обществе: социально-философский анализ: Дис. ... д-ра философ. наук. — М., 1999. С. 3

Будучи явлением многоплановым, включенным в различные виды и формы социального взаимодействия, порядок имеет множество аспектов познания. Это одна из основных парадигм юриспруденции¹, существенный показатель политико-правового развития социума, важнейшая социально-культурная ценность современного мира. Всесторонний анализ этих и других граней порядка представляет несомненный интерес для юридической теории и практики.

Постижение сущности порядка — необходимый этап в развитии научного знания, сопряженного с раскрытием и детализацией принципиальных основ функционирования более сложных систем (не только правовой, но и политической, экономической, социальной), существующих в рамках современного общества. Применительно к ним порядок выступает либо качественной характеристикой, либо одной из внешних детерминант. Практическая роль порядка в этих случаях отчетливо проявляется в том воздействии, которое он оказывает на широкий спектр общественных отношений, разнообразных явлений политико-правового, социально-экономического и культурно-идеологического характера, во многом определяя вектор их последующего развития.

В реальной действительности имеет место и обратный процесс: разноплановые социальные факторы влияют на порядок, порой существенно изменяя его облик и качественные показатели. Подобные метаморфозы, которые переживает порядок, в последующем способны внести весьма серьезные коррективы в привычные алгоритмы социальных связей. Всесторонний научный анализ этих сторон жизни порядка будет способствовать конкретизации имеющихся знаний о его юридической природе, социальной обусловленности,

¹ Научная парадигма представляет совокупность теоретических, методологических и аксиологических установок, которые разделяются юридическим сообществом и образуют каркас научного знания, выступая в качестве его несущих конструкций. Они определяют не только круг актуальных проблем, стоящих перед юриспруденцией, но и своеобразный свод правил научной деятельности, устанавливая допустимые методы, образцы (эталоны) решения юридических «головоломок». Существование правовых парадигм обеспечивает прочность профессиональных связей представителей юридического мира, относительное единодушие их суждений и оценок.

Однако парадигмы — не догмы. Как правило, неизбежно наступает момент их пересмотра. Одна из главных причин, обуславливающая необходимость «ревизии» достижений правовой науки, связана с тем, что в процессе развития (расширения и углубления) системы знаний непрерывно накапливаются и различного рода «аномальные факты», которые не вписываются в концептуальную схему сложившейся парадигмы. Теоретические постулаты, системы ценностных установок, традиционные методы и алгоритмы решения научно-практических задач, еще совсем недавно казавшиеся безупречными и незыблемыми, устаревают, перестают отвечать реалиям текущего момента. Банкротство «старых» юридических правил и схем стимулирует поиск новых.

механизмах и способах обеспечения, разработке новых подходов к его исследованию, решению многих дискуссионных вопросов, существующих в проблемном поле юридической науки.

Изучение состояния разнообразных социальных практик, в которых «задействован» правопорядок, представляется крайне значимым с точки зрения оценки действенности права, эффективности функционирования государственных и общественных институтов, совершенствования законодательства и практики его применения, определения социально-экономического, политико-правового, человеческого, нравственного потенциалов, которыми располагает тот или иной социум в части обеспечения стабильности, устойчивости своего развития.

Вступая в новое тысячелетие, Россия была вынуждена преодолевать последствия глубокого системного кризиса. Ценой огромных усилий государству удалось остановить падение уровня и качества жизни граждан, устоять под напором национализма, сепаратизма и международного терроризма, предотвратить дискредитацию конституционного строя, сохранить суверенитет и территориальную целостность, консолидировать правовое пространство. И все же, несмотря на очевидные позитивные сдвиги, положение дел в российском обществе в целом и в правовой сфере, в частности, остается достаточно тревожным.

Облик правопорядка, который к настоящему моменту сложился в нашей стране, вызывает серьезную критику со стороны специалистов, представителей власти и общественности. Несовершенство законодательства, далеко небезупречное качество правоприменения, общий рост числа правонарушений, коррупции в органах государственной власти, создание системы т.н. теневой юстиции, низкий уровень правосознания и правовой культуры, — вот далеко не полный перечень проблем, определяющих сегодня юридическую «атмосферу», в условиях которых протекает жизнь современного российского социума.

Представляется, что отчасти в этом повинна и отечественная юридическая наука. Эффективность некоторых теоретических конструкций и схем, предложенных правоведами в целях обеспечения эффективного правопорядка (особенно в начальный период реформ), оказалась не слишком высокой. Ныне государство и общество ждут от представителей юриспруденции рационально-выверенных рекомендаций, реализация которых на практике позволит переломить неблагоприятную ситуацию и обеспечить положительную динамику развития юридических и иных социальных процессов.

Современная доктрина правопорядка базируется на трех ключевых постулатах. Первый из них исходит из того, что правопорядок есть часть социального порядка, существующая наряду с порядком политическим, экономическим, нравственным, религиозным и другими

порядками. Подобная трактовка соотношения социального и правового порядка вряд ли является правильной. Она фактически предполагает, что социальный порядок — дискретное явление, а потому может быть изначально разбит на некие сегменты, между которыми существуют четкие границы. Переступив эти границы, можно легко перейти из области правового в сферу нравственного порядка, затем в зону порядка политического и т.д.

Однако в реальной жизни правопорядок не существует в отрыве от политического, нравственного и других порядков. Одни и те же общественные отношения могут одновременно регламентироваться правовыми, нравственными, корпоративными и другими нормами. Подобно тому, как химические элементы, перечисленные в таблице Менделеева, не встречаются в природе в чистом виде, так не существует в рамках социального пространства в чистом виде ни правового, ни нравственного, ни какого-либо иного порядка. Социальный порядок — есть целостность, которая не может быть разбита на части, способные существовать независимо друг от друга. Вместе с тем социальный порядок имеет множество форм проявления, ни одна из которых не исключает любую другую. В числе таких форм могут быть названы правовой, нравственный, религиозный, политический, экономический и другие порядки.

Сущность правопорядка заключается в том, что он, будучи одной из форм проявления социального порядка, отражает степени: а) подчиненности общественных отношений действующим юридическим предписаниям; б) устойчивости государственных и общественных институтов, функционирующих на основе права; в) использования участниками правоотношений принадлежащих им субъективных прав, надлежащего исполнения возложенных на них юридических обязанностей; г) возможности индивидов, иных социальных субъектов адаптироваться к изменяющимся условиям правовой жизни без кардинального пересмотра ценностных ориентаций и серьезного ущерба для собственных интересов.

Едва ли отвечает потребностям правового регулирования и второй постулат обозначенной выше доктрины, согласно которому правопорядок рассматривается как «основанная на праве и сложившаяся в результате осуществления идеи и принципов законности такая упорядоченность общественных отношений, которая выражается в правомерном поведении их участников»¹.

Представленная выше дефиниция правопорядка далеко небезупречна. Она построена по принципу «*idem per idem*» (то же через

¹ См.: Цалиев А. М. Конституционные (уставные) суды субъектов РФ и современный правопорядок (тезисы выступления к 25-летию юбилею Конституции РФ) // Российский судья. 2019. № 12. С. 48.

то же), ибо правопорядок определяется через упорядоченность общественных отношений. Узвимость подобных определений в том, что они содержат в себе элемент тавтологии. Это, во-первых.

Во-вторых, авторы подобных дефиниций акцентируют внимание на исключительно позитивных моментах правовой жизни: правомерном поведении, законности, правильной реализации правовых предписаний, на основе которых якобы и вырастает правопорядок. В подобных дефинициях правопорядок предстает как «юридическая» бочка меда, которая еще не испорчена ложкой «антиправового» дегтя. Остается удивляться: почему же тогда, и в научной литературе, и в правоприменительной практике постоянно ставится вопрос о необходимости совершенствования правопорядка?! Какой смысл совершенствовать то, что и так само по себе безукоризненно?!

Очевидно, что авторы приведенных выше определений характеризуют, фигурально выражаясь, «нормативную» модель правопорядка, которая порой значительно отличается от его реального облика, сложившегося в конкретном обществе. Ведь ясно, что в процессе правореализации субъективные права, юридические обязанности и правовые запреты далеко не всегда используются, исполняются и соблюдаются участниками общественных отношений в точном соответствии с требованиями норм права. Итогом подобной реализации зачастую является неправомерное поведение. Злоупотребления правом, правонарушения, преступления, — это вполне реальные явления правовой действительности, непосредственно влияющие на состояние правопорядка.

В советском прошлом, когда правоведы конструировали юридические понятия, характеризующие социалистическое общество, последнее нередко изображали, как идеальный социум, свободный от каких-либо недостатков и противоречий. Такой подход подчеркивал либо внутреннюю оппозиционность автора (поскольку здравомыслящим людям было ясно, что существующая модель социалистического общества вовсе не является раем на земле), либо его нежелание раскрывать действительную суть вещей. Юридической науке, функционирующей в свободном от идеологических предрассудков обществе, не пристало строить такого же рода отвлеченные понятия — иллюзии, которые мало общего имеют с реальностью.

С позиций сегодняшнего дня общественный организм, в котором действия всех его элементов четко подчиняется установленным правилам, где наблюдается постоянная устойчивость структурных связей, отсутствуют «очаги» отклоняющегося поведения и конфликтов, — есть не более чем фикция, умозрительная конструкция. Ее объективация настолько же «реальна», как и создание вечного двигателя. В любом обществе одновременно существуют области юридической упорядоченности и зоны хаоса. Поэтому реальный облик правопорядка, сфор-

мировавшегося в конкретном социуме, всегда будет отличаться от его идеальной модели.

Между сферами правопорядка и беспорядка не существует непреодолимого «водораздела». Напротив, они активно взаимодействуют и влияют друг на друга, вследствие чего размеры занимаемых ими «территорий» внутри социальной системы постоянно меняются. В действительности правопорядок как объективный показатель качественного состояния общественного организма отражает реальную степень (уровень) его устойчивости, которая никогда не будет стопроцентной. Используя язык математики, можно безошибочно утверждать, что указанный показатель всегда будет меньше единицы, ибо эта устойчивость зависит не только и даже не столько от наличия позитивных факторов, цементирующих правопорядок, как кажется некоторым авторам, а, прежде всего, определяется соотношением «площадей» зон юридической упорядоченности и хаоса в рамках единого социального пространства.

Подобный подход ориентирует исследователя, занимающегося проблемами правопорядка, постоянно держать в поле своего зрения факторы, препятствующие его становлению и функционированию: юридические аномалии, девиации, конфликты и т.д. Взаимодействие стабилизирующих и дестабилизирующих факторов объективно обусловлено, ибо в реальности правопорядок и хаос, устойчивость и нестабильность, согласие и конфликт, повторяющиеся закономерности и случайные отклонения от них, «живут» и «существуют» в одной сетке методологических координат.

Состояние правопорядка определяется всей совокупностью действий, поведенческих актов: как правомерного, так и противоправного характера. Такой подход делает понятным, почему в одних обществах правопорядок имеет «человеческое лицо», а в других — страшную, порой уродливую, «физиономию» (например, в тоталитарных государствах). Становится очевидным и тот юридический потенциал, за счет использования которого может быть усовершенствован и укреплен правопорядок.

Ученого-правоведа и специалиста-практика не должен вводить в заблуждение буквальный смысл термина «правопорядок». На деле правопорядок обозначает борьбу двух противоположных начал — законности и правового нигилизма в различных формах их проявления. Когда говорят о совершенствовании правопорядка, то имеют в виду снятие этого противоречия за счет ликвидации «зон противоправности». Вместе с тем это означает и другое: реальная модель правопорядка должна включать оба начала: то, что соответствует закону, и то, что не согласуется с ним. Именно из такого понимания правопорядка следует исходить при изложении его роли и значения в реальной жизни.

Отдельно следует остановиться на ценностных аспектах правопорядка. В этой связи необходимо отметить, что понимание его ценности сопряжено с разноплановыми потребностями и интересами, чувствами и ожиданиями различных субъектов права. Очевидно, что каждый из них имеет собственную заинтересованность в том или ином правопорядке, который, по его мнению, является наиболее эффективным. Отсюда и существование различных оценок реального облика правопорядка, сложившегося в конкретном социуме. Тем не менее, представляется возможным выделить критерии, соответствие которым позволяет рассматривать правопорядок как явление, безусловно, социально значимое.

В качестве первого такого знакового показателя может рассматриваться легитимность правопорядка. Это свойство правопорядка приобретает в том случае, когда правовая политика государства выстраивается с учетом системы нравственных ценностей, которые разделяются обществом, его институтами, индивидами. Следствием признания правопорядка легитимным становятся добровольное подчинение участников социальных отношений законам и индивидуальным правовым предписаниям власти, их оценка как справедливых, морально оправданных, приемлемых и даже необходимых. Напротив, правопорядок, выстроенный государством вопреки нравственным началам, неизбежно воспринимается как несправедливый, и потому вызывает социальное отторжение. Он может существовать, образно говоря, лишь в публичном месте, но ему не находится места в душе человека. Такая юридическая упорядоченность не воспринимается как ценность ни общественным, ни групповым, ни индивидуальным сознанием.

С легитимностью тесно связан и второй критерий, которому должен соответствовать эффективный правопорядок, — гармоничность. Такой правопорядок обеспечивает возможность цивилизованного согласования разнонаправленных интересов участников общественных процессов. При этом каждый интерес, будь то индивидуальный, групповой, общественный или государственный, получает всеобщее признание. В случае их столкновения для разрешения социальных споров и конфликтов используются понятные юридические правила и процедуры. Утрата правопорядком этого качества неизбежно провоцирует возрастание социальной напряженности в обществе.

Следующий критерий — стабильность правопорядка — имеет два аспекта. Первый из них предполагает, что в процессе общественного развития будет обеспечена возможность воспроизводства позитивных форм социального взаимодействия, включая реализацию субъективных прав и надлежащего исполнения юридических обязанностей всеми субъектами права, поставлен надежный заслон распространению негативных тенденций, угрожающих безопасности существования социума. Стабильность правопорядка во многом зависит от диссипативных возможностей социальной системы (государственно-органи-

зованного общества), которые определяют ее способность сопротивляться и противостоять воздействию негативных тенденций, рассеивая чуждое либо включая его в компоненты собственного содержания путем переструктурирования.

Второй аспект стабильности правопорядка предполагает устойчивость юридических норм и основных направлений правовой политики государства. Эта устойчивость, в свою очередь, придает субъектам права уверенность в том, что существующие сегодня правила «игры» завтра не будут изменены чьим — либо произвольным установлением. Если и возникнет необходимость в подобных переменах, то их власти проведут последовательно и постепенно, сохраняя преемственность по отношению к старым порядкам, а сами участники общественных отношений будут иметь необходимый резерв времени для того, чтобы адаптироваться к новым условиям жизни без серьезного ущерба для собственных интересов. Утрата правопорядком свойства стабильности ввергает общество в череду резких и болезненных потрясений.

Нечто подобное можно было наблюдать в истории постсоветской России в конце прошлого века, начальный период проведения радикальных реформ основных сфер жизни российского социума. Опыт мировой истории свидетельствует, что переход от авторитаризма к демократии наиболее безболезненным для общества будет лишь в том случае, если он осуществляется «договорным» образом, предполагающим возможность адаптации государственных и социальных институтов, унаследованных от старого режима, к новым условиям. Такая преемственность по отношению к прежним порядкам придает процессу реформирования плавный характер, растягивая его во времени, освобождая общество от необходимости пережить череду резких и болезненных потрясений. Напротив, как справедливо утверждал выдающийся русский ученый И. О. Лосский, любая попытка реформаторов «одним судорожным прыжком сразу поднять общество на гораздо более высокую ступень общественного развития обыкновенно только разрушают достигнутое раньше скромное добро и вовсе не осуществляют новых высших форм совершенства»¹. Нет ничего удивительного в том, что реальные результаты реформ оказались крайне далеки от первоначальных общественных ожиданий.

Повинно в этом и само общество. Давно уже известно, что народ, плохо подготовленный к свободе и самостоятельной деятельности, может реформировать общественную жизнь, только разрушив ее до основания. В период радикальных преобразований, революционных по своей сути, гибнет старый правопорядок, а вместе с ним общественные институты, идеи и привычки, чуждые свободе. Однако при

¹ См.: Лосский И. О. Условия абсолютного добра: Основы этики. Характер русского народа. М.: Политиздат, 1991. С. 225.

этом, как точно подметил А. Токвиль, нередко уничтожается и то, без чего свобода едва ли может существовать¹. Именно эта неподготовленность российского общества во многом определила «неуправляемый, часто разрушительный характер реформ, ориентированных по преимуществу на уничтожение созданных ранее социальных институтов и поощрение стихийных тенденций общественного развития»².

Третий постулат современной доктрины правопорядка базируется на том, что проблемы его совершенствования сводятся к действию т.н. гарантий, под которыми понимаются условия, специальные средства, меры и институты, обеспечивающие соблюдение правовых предписаний, при этом гарантии правопорядка отождествляются с гарантиями законности. Условно этот подход может быть назван гарантийным. Традиционно в юридической литературе выделяют две большие группы гарантий: общие и специально-юридические.

К числу общих, как правило, относят экономические, политические, идеологические и общественные гарантии. По мнению правоведов, в качестве экономических гарантий законности и правопорядка выступают многоукладная рыночная модель экономики, призванная обеспечить достойные условия жизни и свободного развития всем членам общества, многообразии признаваемых и равным образом защищаемых форм собственности, гарантируемая на конституционном уровне свобода предпринимательской и иной не запрещенной законом деятельности.

Политические гарантии, как полагают специалисты, основываются на сильной легитимной государственной власти, функционирующей на основе принципа разделения властей. К этому типу гарантий многие авторы относят также конституционно закрепленные принципы политического многообразия и многопартийности. Основной же политической гарантией режима законности и правопорядка, как нередко утверждается в научной литературе, является демократия, которая выражается в широком участии народных масс в осуществлении государственной власти, включая процессы правотворчества, комплектования органов представительной (в том числе, законодательной) власти, отправления правосудия. Все это в конечном итоге, по мнению правоведов, «создает необходимые условия для формирования в общественном сознании уважительного отношения к действующему законодательству и заинтересованности в его строгом и неуклонном соблюдении»³.

¹ См.: *Токвиль А.* Старый порядок и революция. Старый порядок и революция / пер. с фр. Л. Н. Ефимова. — СПб.: Алетейя, 2008. С. 186.

² См.: *Голенкова З. Т., Витюк В. В., Гридчин Ю. В., Черных А. И., Романенко Л. М.* Становление гражданского общества и социальная стратификация // Социс. 1995. № 6. С. 22.

³ См.: *Вопленко Н. Н.* Законность и правовой порядок. — Волгоград, 2006. С. 124.

Существенное воздействие на режим законности и облик правопорядка оказывают идеология, нравственность, культура, что позволяет теоретикам права выделять идеологические гарантии, которые в научной литературе нередко отождествляются с гарантиями духовными. В их числе называются конституционные принципы идеологического многообразия, свободы мысли и слова, вероисповедания. Особое место в системе идеологических (духовных) гарантий исследователи отводят науке, религии, средствам массовой информации, литературе, искусству, которые «призваны эффективно воздействовать на сознание и поведение членов общества, их объединений, деятельность всех ветвей и звеньев государственной власти»¹.

К общественным гарантиям законности и правопорядка ученые относят деятельность общественных палат, профсоюзных организаций, добровольных обществ и иных общественных объединений, созданных при их участии различных фондов, комиссий, домовых и уличных комитетов по привлечению населения к участию в правоохранительной деятельности.

Скрупулезный анализ научной литературы, посвященной характеристике специально-юридических гарантий законности и правопорядка, позволяет говорить о многочисленных вариантах их классификации. На основе обобщения различных взглядов представляется возможным сделать вывод, что к числу указанных гарантий специалисты, как правило, относят: 1) совершенствование законодательства; 2) государственный и общественный контроль; 3) прокурорский надзор; 4) независимое правосудие; 5) правоохранительную деятельность органов государства; 6) деятельность правозащитных организаций, прежде всего, адвокатуры; 7) институт юридической ответственности; 8) институт жалоб и заявлений граждан; 9) доктринальные гарантии, связанные с состоянием юридической науки и образования.

Очевидным достоинством гарантийного подхода является широкая палитра социально-экономических, культурно-идеологических, политико-правовых факторов, включаемых в сферу научного анализа проблем обеспечения правопорядка. Вместе с тем, такой подход не лишен весьма существенных недостатков. Прежде всего, возникает вопрос — действительно ли все перечисленные выше факторы являются безусловными гарантиями, обеспечивающими юридическую правомерность в деятельности социальных субъектов? Если — да, то почему при наличии столь значительного арсенала ручательств (а именно так с французского переводится гарантия) на протяжении последних лет в нашей стране наблюдается устойчивый рост противоправного (в том числе, преступного) поведения?

¹ См.: *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). — Саратов: СГАП, 2001. С. 354–355

Видимо, некоторые факторы, которые правоведы зачастую именуют гарантиями законности и правопорядка, таковыми никогда не являлись: например, принцип многопартийности, лежащий в основе функционирования политической системы современного российского общества. Отечественный и зарубежный опыт государственно-правового строительства убедительно свидетельствует, что ни однопартийная, ни многопартийная система, ни количество общественно-политических движений и организаций, вовсе не являются действенным залогом обеспечения законности и правопорядка в общественной жизни.

Исследуемый подход не учитывает и того обстоятельства, что влияние многих факторов-гарантий на режим законности и правопорядка носит косвенный характер: например, практическая реализация идеи разделения властей как основополагающего принципа функционирования механизма современного государства. Первичное назначение этого принципа (вопреки утверждению некоторых российских правоведов) состоит вовсе не в том, чтобы служить делу укрепления законности. Его воплощение на практике призвано, прежде всего, исключить возможность концентрации (узурпации) всей полноты государственной власти в рамках одной из ее ветвей, создав тем самым необходимые условия для эффективного функционирования государственного механизма как целостной системы. Вместе с тем, объективация любой разновидности модели разделения властей вовсе не означает, что деятельность должностных лиц различных государственных органов в процессе осуществления ими управленческих функций и ее результаты будут автоматически соответствовать букве закона и духу права.

Следующий недостаток гарантийного подхода связан с неоправданной абсолютизацией влияния некоторых факторов на состояние законности и правопорядка. Яркий тому пример — необоснованное завышение потенциала демократии. Об опасности неоправданной абсолютизации демократических идей предупреждал еще Г. Кельзен. Понятие «демократия», которым «злоупотребляют больше, чем каким-либо другим политическим понятием, принимает самые противоположные значения; это происходит до тех пор, пока интеллектуальная пустота, которая сопутствует вульгарному политическому языку, не выхолащивает это понятие до состояния условной фразы, не претендующей более ни на какой точный смысл». В условиях, когда язык и содержание демократии становятся все менее понятными, она просто не побуждает к действию.

Демократия не лишена весьма существенных недостатков, а ее потенциал в решении многих социальных проблем, увы, ограничен¹. Опыт

¹ См., напр.: Керимов А. Д. Демократия: опыт критического анализа. М.: Норма, 2019. — 184 с.

цивилизации, в частности, ушедшего XX века свидетельствует, что демократия не помогла решить проблему бедности в развивающихся странах, а в развитых странах не смогла остановить углубляющееся социальное неравенство, политическое отчуждение и падение духа гражданственности, нарождающийся индивидуализм и массовое одиночество, рост национализма и регионального сепаратизма. Насколько в сегодняшних условиях велика вероятность того, что практическая реализация демократических идей сможет гарантировать установление прочного режима законности и эффективного правового порядка в жизни современных обществ? Вопрос, видимо, риторический.

Такой взгляд на проблему взаимосвязи законности, правопорядка, с одной стороны, и демократии, с другой, не ставит под сомнение ценность и значимость институтов и процедур последней. Какой-либо другой, более действенной альтернативы демократии, рассматриваемой в качестве инструмента общественного влияния (хотя и краткосрочного) на политическую жизнь страны, просто не существует. В то же время этот инструментарий требует умелого и бережного отношения. Изъяны, присущие демократии, должны восприниматься как объективная данность, которую следует учитывать в ходе процессов социального, в том числе и правового, регулирования. В частности, процедурные вопросы функционирования демократических институтов требуют четкой юридической регламентации, а демократические идеалы и ценности нуждаются в правовой охране.

В рамках гарантийного подхода зачастую не учитывается системный характер взаимодействия разнообразных факторов, влияющих на состояние законности и правопорядка. Это находит свое проявление в том, что многие выводы и практические рекомендации сторонников данного подхода сводятся к тому, что достаточно реализовать ту или иную т.н. «гарантию» (например, усовершенствовать законодательство, расширить сферы государственного контроля, прокурорского надзора и т.д.) и проблемы обеспечения законности и правопорядка разрешатся сами собой. Но такой алгоритм разрешения обозначенных проблем носит «лозунговый» характер. Вот лишь один, но весьма показательный пример, связанный с утопической верой в «магические» свойства законодательства.

В юридической литературе довольно часто можно встретить суждения следующего плана — «состояние законности находится в прямой зависимости от качества правового регулирования: чем совершеннее законодательство, тем выше уровень законности, и наоборот... Невершенство законодательства влечет неэффективность правового регулирования и отрицательно влияет на состояние законности».

Первый тезис не вызывает никаких возражений: состояние законности, действительно, зависит от качества правового регулирования. Однако другие утверждения представляются, по меньшей мере, дискус-

сионными. Так, возникает вопрос — почему качество правового регулирования увязывается лишь со степенью совершенства законодательства?

Государство, как известно, осуществляет правовое регулирование на двух уровнях: нормативном и индивидуальном. В первом случае юридическая регламентация общественных отношений осуществляется в рамках правотворческой деятельности, результатом чего и является действующий массив законодательства. Во втором — правовая регуляция обеспечивается с помощью применения права. Юридическая практика свидетельствует, что качество правового регулирования (а стало быть, и законности, и правопорядка) зависят от эффективности правоприменения не меньше, чем от совершенства законодательства.

Сомнительным в научно-практическом плане представляется и вывод, что чем совершеннее законодательство, тем выше уровень законности и правопорядка. Законодательство, безусловно, является одним из важнейших средств социальной инженерии. В этой связи обеспечение его должного уровня развития — одна из главнейших задач, стоящих перед государством. Но преувеличивать роль законодательства, полагая, что принятие нескольких новых законов способно кардинальным образом в кратчайшие сроки изменить неблагоприятные условия и тенденции общественного развития, в том числе в правовой сфере, пагубная самонадеянность.

Совершенство закона само по себе вовсе не обеспечивает четкую и безукоризненную реализацию его положений. В истории (и не только нашей страны) можно отыскать немало примеров того, когда нормативные предписания, казалось бы, самых идеальных законов остались лишь красивыми декларациями на бумаге, поскольку в силу самых различных причин не воплотились на практике. Как справедливо отмечает известный немецкий правовед и антрополог Ф. Бенда-Бекман: «Если мы присмотримся к многочисленным неудачным попыткам использования законодательства в качестве инструмента социальных изменений, то поймем, что нужно быть достаточно осторожными и не станем утверждать, что теперь хорошие законы будут ни с того, ни с сего действовать лучше, чем это было в прошлом. Вообще в действительности немного можно сказать по этому поводу, не имея понимания того, какие факторы создали условия и возможные причины плохого функционирования прежних законов»¹.

В процессе разработки практических рекомендаций, направленных на совершенствование законности и правопорядка, правоведы, видимо, должны исходить из того, что их итоговые предложения должны содержать меньше лозунгов и больше здравого смысла. Нельзя упускать из виду многовариантность системного «сцепления» и взаимо-

¹ См.: Бенда-Бекман Ф. Право как механизм социально-экономических изменений // Обычай и закон. Исследования по юридической антропологии. М., 2002. С. 106–107.

действия разнообразных факторов (в данном случае, нормативного и индивидуального правового регулирования), их совместного влияния на состояние законности и правового порядка.

Пожалуй, главный недостаток гарантийного подхода связан с тем, что его сторонники «работают» с идеальным правом и в идеальном правовом пространстве, которых не может быть в принципе. Они не учитывают того, что имеют место злоупотребления правом, юридические ошибки и даже правовой произвол в деятельности разнообразных субъектов права, в том числе призванных осуществлять правоохранительную функцию.

В реальной действительности факторы, которые традиционно в научной литературе именуются гарантиями законности и правопорядка, далеко не всегда являются таковыми. В зависимости от своего качественного состояния и уровня развития, в различных жизненных ситуациях эти детерминанты могут «работать» на обеспечение законности и правопорядка либо носить нейтральный характер, а иногда и противодействовать им. Например, государственный контроль и прокурорский надзор, которые реализуются в конкретных действиях сотрудников различных государственных органов и органов прокуратуры, работающих к тому же не всегда безошибочно и добросовестно, далеко не во всех случаях гарантирует юридическую правомерность действий и решений подконтрольных и поднадзорных субъектов.

Порок гарантийного подхода к проблемам обеспечения законности и правопорядка связан еще и с тем обстоятельством, что его сторонники, как правило, акцентируют внимание на факторах объективного характера (совершенство законодательства, государственный и общественный контроль, прокурорский надзор и т.д.). Субъективные же факторы многими авторами в расчет не принимаются. Такое понимание сути обозначенных выше проблем во многом ошибочно. Как тонко подметил П. А. Сорокин, «судьба любого общества зависит, прежде всего, от свойств его членов. Общество, состоящее из ...бездарных людей, никогда не будет обществом преуспевающим. Дайте группе дьяволов великолепную конституцию, и все же этим не создадите из нее прекрасного общества. И обратно, общество, состоящее из талантливых и волевых лиц, неминуемо создает и более совершенные формы общежития».

Сказанное справедливо и в отношении проблем обеспечения законности и правопорядка. Успешное их решение требует разработки комплексного подхода. Представляется, что такой подход должен учитывать многовариантные комбинации взаимодействия различных по своей природе детерминант, влияющих на законность и правопорядок, в том числе, объективных и субъективных. Разнообразные субъективные факторы, взятые в единстве, характеризуют индивидуальный облик того или иного субъекта права, уровни его интеллектуально-во-

левого, нравственного, правового, профессионального, эстетического развития. Личность же каждого человека и та атмосфера, в условиях которой протекает его деятельность, формируются под воздействием объективных факторов: социально-экономических, политико-правовых, культурно-идеологических и др.

В результате сложного взаимодействия разнообразных факторов, в том числе объективного и субъективного плана, образуется та реальная жизненная ситуация, воспринимая и оценивая которую субъект права принимает решение относительно варианта своей последующей деятельности (поведения). Выбор правомерного либо противоправного варианта в каждом конкретном случае определяется соотношением и сочетанием различных детерминант.

Современное понимание проблем обеспечения законности и правопорядка требует также отказа от получившего широкое распространение в юридической науке т.н. «шаблонного» подхода к анализу воздействия на процессы их формирования и функционирования различных социальных факторов. В этой связи главная задача заключается в том, чтобы традиционно выделяемые детерминанты (социально-экономические, политические, культурно-идеологические, специально-юридические) разложить на такие компоненты, изучение которых способно привести к новому эмпирическому знанию. Скажем, рассматривая вопрос о воздействии экономических факторов на состояние законности и правопорядка, недостаточно ограничиваться при этом лишь констатацией общеизвестных «истин», приобретших характер демонических заклинаний, например, о том, что частная собственность — есть экономическая основа законности и правопорядка, что только рыночная экономика способна обеспечить их неуклонное совершенствование. Между тем, научная достоверность и истинность подобных утверждений вызывает очевидные сомнения. Вера в безграничные возможности рынка в западной научной литературе рассматривается не только как глубоко утопичная, но и опасная идеология, именуемая не иначе как «рыночным» фундаментализмом.

Исторический опыт России, других стран убедительно свидетельствует, что увязывать напрямую состояния законности и правопорядка с существованием различных форм собственности, типом и моделью экономики малопродуктивно. При таком подходе трудно получить конкретные знания, способствующие оптимизации ситуации на практике. Куда более эффективно разложение широкого «социально-экономического фактора» на такие составляющие, как степень открытости экономики; объем доверия и социального капитала; дифференциация населения по уровню доходов; индекс человеческого развития; показатели восходящей и нисходящей социальной мобильности и т.д., с последующей их привязкой к вопросам функционирования законности и правопорядка в нашей стране. Точно также следует

поступить и с другими сложносоставными, но в тоже время не очень определенными факторами (например, политическими, культурно-идеологическими и др.).

Такое видение правопорядка позволяет «раздвинуть горизонты» его понимания, определить новые подходы к его изучению, а также стратегические цели, тактические задачи, арсенал юридических и иных средств, которые могут быть использованы в процессе его совершенствования и укрепления в современном российском обществе, обеспечения стабильности развития и функционирования национальной правовой системы нашей страны.

Хабибулин Алик Галимзянович

*заведующий кафедрой экономических и финансовых исследований
Высшей школы государственного аудита (факультета) МГУ
имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры теории государства
и права и политологии юридического факультета МГУ
имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук*

Методологические основы функционирования государства

Выступая ядром политической системы общества, государство формирует его социальный и гражданский облик, основные идеологические ценности, установки и ориентиры, в обобщенном виде представляет культуру страны, уровень ее интеллектуального, нравственного развития, качество жизни людей. Развитые государства направляют усилия на достижение высоких показателей устойчивости экономического роста, укрепление правопорядка, повышение уровня социально-экономического обеспечения населения.

Функционирование государства характеризуется рядом особенностей. С одной стороны, государство как публично-властное объединение должно представлять в своей деятельности реальные объективные интересы народа, а с другой, на него налагается ответственность за социально-экономический ватерпас населения.

Деятельность государства осуществляется в строгом соответствии с естественными правами человека, которые определяют пределы государственного вмешательства в общественные отношения и способствуют поступательному прогрессивному развитию общества. Взгляды же мыслителей XVIII—XIX вв. по поводу сути и направленности государственного строительства существенно отличались от сегодняшнего его понимания — объясняется это спецификой времени и уровнем осознания существа государства. Так, например И. Г. Фихте, величайший немецкий философ, полагал, что высшие проявления человеческого духа — религия, наука, добродетель — никогда не могут стать целями государства. Любовь к добру есть единое непреходящее и единственное блаженство, оно есть и «единственная свобода; и только одна она освобождает от оков государства от всяких других оков, отягчающих и стесняющих нас в этом мире»¹. Понимание деятельности государства всего лишь как «оков, стесняющих нас в этом мире» значительно обедняет весь объем этого понятия. Воззрения Фихте свидетельствуют об отсутствии в государстве того времени граждан-

¹ Фихте И. Г. Основные черты современной эпохи. СПб., 1906. С. 154.

ского общества, понимании его как властного образования вне связи со сложившейся духовной обстановкой.

В деятельности государства по управлению обществом выражена цель его упорядочения как системы. Оно состоит в адаптации общества к среде обитания, что обеспечивает ему сохранение и стабильность. Одновременно упорядочение подразумевает оптимизацию общественных структур с учетом изменений внутренней и внешней среды, инноваций, а также создание условий и предпосылок для функционирования общества в качестве самоуправляющейся и самоорганизующейся системы. Это сложный двуединый процесс, главное в котором — соблюдение социальной меры. Сохранение стабильности общества не должно вести к консервации в нем всего того, что утратило свою жизнеспособность и должно быть устранено. Одновременно должно быть всесторонне обосновано внедрение социальных новелл. Абсолютизация одной из сторон, ее гипертрофия ведет к серьезным общественным деформациям.

Высшая цель и главная функция государственного управления состоит именно в поддержании и оптимизации общественных системных характеристик. Реализуя их, оно выступает как субъект-объектное взаимодействие. Управляющий субъект (государство) воздействует на управляемый объект (общество) и испытывает по закону обратной связи влияние со стороны объекта.

В гражданском обществе связь между субъектом и объектом подвижна и относительна: общество способно выполнять некоторые функции государства. В общем виде субъектный фактор в государственном управлении включает ряд элементов. В своей совокупности это выражение потребностей общества; конкретные интересы людей, цели и выбор средств их достижения; государственная (политическая) воля; усвоенные моральные, правовые и ценностные нормы; мотивы деятельности (установки); стимулы (материальные и моральные).

Имеют место общие, частные и организационно-технологические принципы государственного управления. К первой группе принципов относятся: системность, научность, объективность, конкретность, реалистичность, оптимальность, гласность, информационная обеспеченность; опора на опыт, целеполагание, выделение решающего звена, главных задач; материальное и моральное стимулирование.

Вторая группа принципов государственного управления включает общие принципы, адаптированные к подсистемам общества (экономической, социальной и др.), к отдельным государственным институтам и общественным явлениям.

В третьей группе принципов выделяют: иерархию управления; коллегиальность и единоначалие; сочетание общегосударственного, регионального и местного уровней управления; делегирование полно-

мочий; изменение структур управления; работу с управленческими кадрами; контроль за ходом управленческого процесса.

Все эти принципы конкретизируют исходные руководящие положения политической теории и практики. Государственное управление играет в обществе первостепенную роль, но и она не должна абсолютизироваться. Главное в нем — общие итоги, следствия управленческой деятельности. При этом определяющим фактором деятельности государства является идеология, от которой зависит эффективность государственного управления.

В основе общественного развития находится идеологический выбор. Именно идеология обуславливает наличие приоритетов, первостепенных целей и задач. Реализация любой стратегии зависит от заложенного в ней идейного начала. Управленческая деятельность государства определяется стратегическим планированием, что ставит эффективность политико-правового регулирования в прямую зависимость от идеологии.

Особую важность идеологическое обеспечение деятельности общественно-государственных институтов приобретает в сегодняшней России, что обуславливается формированием стратегии развития российского общества и государства, определяемой системой базовых идеологических ценностей.

Определенные ценностные ориентиры уже заложены в сознании людей. В этой связи Президент Российской Федерации В. В. Путин отметил: «Людей... не обманешь. Они остро чувствуют лицемерие, неуважение к себе и любую несправедливость. Их мало интересует бюрократическая волокита, бумажная текучка. Для людей важно, что реально сделано и как это улучшает их жизнь, жизнь их семей. И не когда-нибудь, а сейчас. Мы не должны повторять ошибок прошлых десятилетий и ждать «пришествия коммунизма». Нужно сейчас менять ситуацию к лучшему»¹.

Власть не существует в природном мире — это вид человеческих отношений. Но не верно, что власть — исключительно отношения «между людьми и группами людей»². Отношение власти — обязательно человеческое, но не обязательно межчеловеческое. Независимо от человеческой власти человек оказывается уже во власти (вещей, природы, идей и т.д.). Нечеловеческая власть первична для людей. Следовательно, самым общим и самым абстрактным определением власти может быть только определение ее как зависимости человека от чего-либо (или зависимости чего-либо от человека). Власть над

¹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 20.02.2019 «Послание Президента Федеральному Собранию» // Российская газета. № 38. 21.02.2019.

² Дибиров А.-Н.З., Пронский Л.М. О природе политической власти // Вестник Московского университета. Серия 18. Социология и политология. 2002. № 2. С. 49.

людьми — это отношение зависимости человека от чего-либо внешнего ему. Иными словами, власть над людьми имеет то, что способно определять их поведение.

Возможно выделить две формы власти над человеком — позитивной и негативной. Отношение зависимости человека (и, следовательно, власти над человеком) является положительным, когда человек нуждается в чем-то, желает чего-то, либо отрицательным, когда он страшится чего-то, не желает чего-то. Любовь и страх (в самом широком смысле этих слов) представляют собой две наиболее общие формы власти. Все сущее в мире суть: либо вещи (включая и животных), либо люди, либо идеи. По субъекту власти, над человеком могут быть только три принципиально различных типа власти: власть вещей, власть людей и власть идей. По объекту же, может быть только два типа власти: власть над вещами (включая и животных) и власть над людьми. Власти же над идеями быть не может. Говоря словами Вольтера, мы также не властны в течение наших мыслей, как и в обращении нашей крови¹.

Власть вещей над человеком проявляется просто: человек либо страшится их, либо желает. Проявление такой власти вещей над человеком называется потребностью.

Власть человека над человеком более сложна. Она проявляется в двух планах: физическом и психическом. Во-первых, человек может страшиться или желать (вожделеть) другого человека как физическое существо; во-вторых, он может страшиться или желать его как индивида, обладающего определенными знаниями, умениями и чувствами (отношением к нему). Межличностные властвования-зависимости находятся, очевидно, все ликом еще в рамках природного, или естественного, отношения между людьми. Ничего специфически политического в них еще нет.

Третий вид власти над человеком — это власть идей. О. Тоффлер развивает свою теорию трех типов власти — власти силы, власти богатства и власти знаний («информации»). Все эти три типа власти Тоффлера относятся к вышеуказанным природным зависимостям людей. Власть силы — это физическая зависимость людей от более сильных, лучше вооруженных или более многочисленных и организованных других людей. Власть богатства — это власть вещей, контролируемых другими людьми. И власть знаний — это также природная власть более сведущих, более умелых и т.д.²

Идеи владеют нами и определяют все наши поступки. Все созданное человеком в этом мире, начиная с орудий труда, заканчивая

¹ Дибиров А.-Н.З., Пронский Л.М. О природе политической власти // Вестник Московского университета. Серия 18. Социология и политология. 2002. № 2. С. 50.

² См.: Там же. С. 51.

государственными устройствами и режимами, являются воплощениями человеческих идей. Только идеи способны привести в движение человека с его знаниями и направить их к определенной цели (другое дело — к реальной или утопической).

Идеи, овладевающие сознанием людей, могут быть религиозными, экономическими, моральными, эстетическими, философскими и политическими. Специфика политических идей состоит в том, что они выражают некоторое устройство, некоторый порядок общественной жизни, и, прежде всего тот, который касается осуществления членами общества своей физической, интеллектуальной и экономической власти над вещами и другими людьми.

Прежде всего, идеи такого плана реализуются политическими организациями путем участия в политической жизни государства.

Воплощенная в политической организации власть идей подчиняет людей друг другу как служителям их общей идеи, а не как природным индивидам и личностям, служа друг другу, они служат тем самым только объединяющей их идее. Политическая власть, следовательно, есть власть в основе своей духовная, а не физическая или интеллектуальная. Политическая власть всегда существует «под эгидой» соответствующей идеи. Так, где нет одухотворяющей общей политической идеи, там нет и политической власти¹.

Суть любой политической идеи в том — как должна быть организована сила в обществе и сила же служит гарантом поддержания этой организации. И сами политические идеи побеждают только при наличии достаточного количества людей, поддерживающих ее. Однако политическая идея может и не быть принятой всем обществом, то есть может и не иметь форму государственной (официальной) идеи. Наличие множества политических идей «малых масштабов», к коим относят различные взгляды и предложения, программы политических партий, объединений, несет позитивное значение, так как реализуется неотвратимый признак гражданского общества — плюрализм мнений. Однако политическая идея в глобальном плане должна иметь абсолютную монополию в политической жизни страны. Примером тому может стать идеология государства: при непринятии общественностью государственной идеологии, непременно возникнет вторая, оппозиционная, удовлетворяющая истинным интересам и подходящая под ментальность нации. Таким образом, установится ложная, бездейственная, следовательно, абсолютно неэффективная псевдогосударственная идея, наделенная лишь показным характером. Воплощением государственной идеи является законодательная база и институты, официально признанные и действующие в данном

¹ Дибиров А.-Н.З., Пронский Л.М. О природе политической власти // Вестник Московского университета. Серия 18. Социология и политология. 2002. № 2. С. 53.

обществе. Существует различие между политической и государственной властью, которое выражается в следующем: власть, которой располагают конкретные субъекты, действующие в рамках этих законов и институтов, есть государственная власть, власть же субъектов, идея которых не стала общепризнанной, не воплотилась в официальные институты данного общества, есть власть политическая.

Политическая власть основывается на определенной политической идее и осуществляется только в рамках этой идеи. Отличие политической идеи от всех прочих в том, что она выражает некоторый порядок общественной жизни и главным образом тот, который касается осуществления членами общества своей физической, интеллектуальной и экономической власти над вещами и другими людьми. Политическая власть — это метафизическая власть, надстраиваемая над природной властью и регулирующая использование последней в обществе.

Фундаментальные политические идеи могут возникать как в догосударственных человеческих общностях, так и в рамках уже сложившегося государственного устройства. В первом случае они сразу становятся государствообразующими идеями (монголы Чингисхана, арабы Магомета и т.д.), во втором образуют новое «протогосударство в государстве» (якобинцы и другие политические клубы во Франции XVIII в., марксисты в Европе XIX в. и т.д.). Новая власть, как говорил В. И. Ленин, «не с неба сваливается, а вырастает, возникает наряду со старой, против старой власти, в борьбе против нее».

Отвоевавшая у старой власти умы ее подданных (или ее граждан), новая власть превращается рано или поздно, мирно или немирно во власть государственную. Ее легитимность обеспечивается именно тем, что ее идея становится всенародной, то есть общепризнанной, следовательно, политическая власть как таковая исчезает, когда ее идея перестает властвовать над умами всего или большинства народа. Примером тому может служить утратившая власть КПСС в созданном ею государстве.

Даже самые «дикие», официально деспотические формы абсолютной монархии не являются теми «машинами» голого произвола и насилия, которыми их стало модно изображать в последнее время. В основе деятельности таких «машин» всегда лежит некая идея, которой деспот служит так же, как и последний из его подданных. Достаточно привести в пример переписку Ивана Грозного с Курбским, в которой Грозный, один из самых деспотичных правителей, подробнейшим образом излагает идеи, которым он служит¹.

Таким образом, и государственная власть в основе своей власть духовная, а не физическая, экономическая, интеллектуальная. Любая

¹ Дибиров А.-Н.З., Пронский Л.М. О природе политической власти // Вестник Московского университета. Серия 18. Социология и политология. 2002. № 2. С. 56.

государственная власть строится на основе и благодаря идее, следовательно, очень важно наиболее точно определять их.

Идеология (греч. *Idea* — идея и *logos* — учение; учение об идеях) — в пространстве промышленной культуры осмысление политической и иной социальной структуры с позиций обособленного субъекта познания¹.

Развитие науки в западной культуре привело к господству «объектного» осознания предмета. Объект и субъект познания в этой парадигме жестко противопоставлены и разделены, задача человека — осмыслить предмет так, как он есть в себе. В обществе такое познание проблематично, поскольку люди осмысливают свой внутренний опыт, а он всегда непременно частичен. К частности опыта присоединяются ценностные ориентации и цели деятельности людей и их различных корпораций, которые модифицируют содержание знания об обществе.

В любом своем проявлении идеология по существу или формально, правильно или ложно, но всегда связана с выражением потребностей всего общества, его целей, программ, противоречий и путей их разрешения. Как таковая, она необходима, обязательна для любого общества, классового и неклассового; прошлого, настоящего и будущего.

Претензии человечества в XX веке на рациональность, лишь научное понимание жизни сильно преувеличены. Иррациональное, традиционное, мистическое, то, что уходит корнями в глубь веков и поколений, имеет колоссальное значение в жизни людей. Народ при всем желании не может построить свое государство как политическую организацию только на рациональной основе. Государство, построенное Платоном, подтверждает этот вывод — в человеке и его искусственном образовании органически сосуществуют рациональное и иррациональное, физика и метафизика, наука и идеология. В строительстве идеального государства или хотя бы наиболее оптимального в силу различных факторов всегда есть жизненная потребность в знании особенностей развития общества, в определении его состояния и общих задач, актуальных проблем и этапов, ступеней движения.

Основной вопрос любой идеологии — легитимность государства, объяснение и оправдание его структур, решений. Это то, что обеспечивает управляемость через согласие, политическое участие без принуждения, располагает к доверию должностных лиц и граждан, придает власти не авторитарность силы, а авторитет уважения.

Существуют факторы легитимности, являющиеся, по сути, органическими частями той или иной идеологии, без ориентации на которые стабилизации и безопасности в государстве не добиться. Сегодня процедура легитимации представляет собой обращение к какой-либо

¹ См.: Политология. Краткий словарь. — Ростов н/Д, 2001. С. 92.

идеальной или предметной области: Богу, высшим ценностям (истинности, справедливости и др.), всеобщим законам истории, настроениям общества или какой-либо его влиятельной части, к действительной или вымышленной воле народа.

Вместе с тем, ряд теоретиков на Западе (Эд. Шилз, Д. Белл, Ю. Хабермас и др.) и в нашей стране выступил с предложением конца применения на практике такой «нестрогой и субъективированной» формы осмысления общества и обоснования форм деятельности в нем, назвав ее пережитком, своеобразным рудиментом общества¹. Свои доводы они аргументировали «природной» ложностью идеологии, окончанием противостояния в мире капитализма и социализма или ее тоталитарно-классовым существом. Однако надо отметить, что со временем некоторые авторы отказались от этой идеи, другие не смогли ее объективно и научно обосновать. Практика доказала утопичность идеи «деидеологизации», поскольку принципиально невозможно создать альтернативное «неидеологизированное» осознание общества².

Даже плюралистические демократии Запада — это идеологические корпорации людей, имеющие общие интересы, а также механизмы их реализации. Эти интересы и считаются национальными. Как раз поддержание национально-корпоративной солидарности перед лицом внешних вызовов является одной из реальных функций народовластия.

Борьба между государствами за свои национальные интересы несколько затрудняет процесс глобализации. Все аргументы строятся на исходном предпочтении своей нации перед другими, даже если в основу положена, на первый взгляд, такая нейтральная и всех устраивающая, общечеловеческая идея как «права человека».

Социальная природа государства обуславливает то, что оно призвано выражать интересы всего населения и поддерживать и устанавливать только те ценности, которые направлены на благо всего общества, а не отдельных социальных групп и отдельных личностей. Вместе с тем главным образом государством выражаются интересы правящей элиты, которая определяет государственную политику. Однако государственная деятельность должна быть направлена в том числе и на реализацию общественного интереса, иначе социальное равновесие будет нарушено и общественные потрясения разрешат такой государственный строй.

Существует ряд функций государственной идеологии (регулятивная, коммуникативная, консолидирующая и др.), стержневой среди которых является консолидирующая функция, направленная формирование политической целостности, единства. С помощью данной

¹ См.: Краткий философский словарь. ПБОЮЛ М.А. Захаров, 2001. С. 130.

² См.: Политология. Краткий словарь. Ростов н/Д, 2001. С. 94.

функции политическая идеология сглаживает возникающие противоречия между различными социальными группами, создает единую направленность понимания различных представлений о дальнейшем социально-экономическом и политико-правовом развитии общества.

Таким образом, государство благодаря коммуникативным, пропагандистским, экономическим и иным возможностям формирует ценности, адекватные потребностям общества. И на основе этих ценностей создает политическую идеологию, отвечающую общесоциальным запросам. Однако это не означает отрицание инакомыслия и многообразия идеологических представлений или создание унифицированной ценностной модели. Существование различных социальных групп (богатые и бедные, образованные и малограмотные, верующие и атеисты и др.) обуславливает необходимость формирования объединяющей системы взглядов, позволяющей сохранить государственную и общественную идентичность и целостность.

Деятельность государства по формированию политической идеологии не противоречит статье 13 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной. Государство призвано обеспечивать безопасность своих граждан, сохранять целостность общества. Одним из важнейших инструментов достижения данных целей является именно идеология государства. Она наряду с иными политическими представлениями, исходящим от субъектов политики, создает политическое пространство, ядром которого является политическая идеология.

Современное государство не унижает духовную сферу жизнедеятельности общества и не подменяет ее лишь собственными идеологиями. Духовно-политическую сферу современного общества составляют воззрения всех субъектов политической жизни (государства, политических партий, общественных движений, церкви, различных групп политической элиты и т.д.).

Роль государства как основного субъекта политической жизни заключается в необходимости установления интегрирующих ценностей, свойственных бедным и богатым, образованным и малограмотным, религиозным людям и атеистам, говорящим на различных языках и проживающим в разных регионах.

Современное демократическое государство, осуществляя идеологическую деятельность, не устанавливает государственной или иной обязательной идеологии, оно способствует развитию общества посредством поддержания наиболее социально полезной общенаправленной идейной установки. В этой связи вполне обоснованным представляется противодействие органов государственной власти пропаганде антиобщественных ценностей, направленных на раскол общества, насильственное или иное внеправовое изменение конституционного

и государственного строя. Именно государственные структуры обеспечивают общественный порядок и спокойствие граждан и могут применить соответствующие политико-правовые меры воздействия в отношении антиобщественных идей и их носителей.

Деятельность государства по формированию общесоциального идейного начала дальнейшего развития социума приобретает особое значение во время смены общественного строя и иные глубинные общественные катаклизмы. В частности, социально-экономический и политико-правовой кризис в современной России во многом обусловлен упадком духовной сферы, отсутствием идеологии, интегративный уровень которой соответствовал бы коммунистической идеи.

Снижение духовно-нравственной культуры прослеживается на примере роста коррупции в рядах государственных чиновников. В этой связи Президент Российской Федерации В. Путин отметил, что: «...В последние годы было немало громких дел в отношении чиновников муниципального, регионального, федерального уровня. При этом подчеркну, абсолютное большинство государственных служащих — честные, порядочные люди, работающие на благо страны. Но ни должность, ни высокие связи, ни былые заслуги не могут быть прикрытием для нечистых на руку представителей власти»¹.

В последнее десятилетие политико-правовым сообществом предпринимается попытки формирования новой идеологической платформы, отсутствие которой пагубно отражается, прежде всего, на стратегическом общественно-государственном развитии и обеспечении национальной безопасности основных интересов российского государства. В этой связи необходимы шаги по созданию идейной основы для сплочения всего населения и мобилизации всех ресурсов российского общества в условиях существующего социально-экономического и политико-правового кризиса.

Развитие политической идеологии главным образом определяется государством. Поэтому государственная идеология является основополагающей по отношению к политической. Объектом воздействия государственной идеологии является все общество, тогда как политическая идеология охватывает лишь политически заинтересованную часть населения. Политическая и государственная идеология в значительной степени отличаются друг от друга инструментальной составляющей. Государство обладает несравненно большим арсеналом воздействия на общество, соответственно интенсивность и эффективность воздействия государственной идеологии на общественные отношения значительно выше политической.

¹ Обращение Президента Российской Федерации В.В. Путина к Федеральному Собранию Российской Федерации от 1 декабря 2016 г. // Парламентская газета. № 45. 2–8 декабря 2016 г.

Идеология государства, стремясь к самосохранению, затвердевает, останавливается в развитии, что влечет застой в общественном развитии. Освященная авторитетом общества и государства, идеология превращается в автономную силу, автоматически мобилизующую на свою защиту все находящиеся в распоряжении политической системы средства.

Особая роль идеологии в обществе определяется ее воспитательным значением.

Идеология позволяет создать систему ценностей, лежащую в основе правового воспитания, определить конкретные цели, ближайшие и перспективные, выбрать средства их достижения. В основе правового воспитания всегда лежит определенная система ценностей, предопределяющая логику происходящего и предпринимаемого. Воспитательный процесс, совершенно свободный от каких бы то ни было ценностных детерминант, невозможен, поскольку в основе даже, казалось бы, совершенно аналогичных, спонтанных действий субъектов права всегда имеется идеологическая подоплека.

Система правового воспитания основывается на идеологическом фундаменте. Именно идеология определяет базируется на Особую значимость в процессе правового воспитания приобретает идеологическая регуляция общественной жизни. Идеология выступает средством реализации правовых целей, правовой политики, она позволяет обеспечить реальное единство ценностных ориентаций индивида и права. Именно ценностные ориентации, пропагандируемые морально-этические доминанты, представления о путях и конечных целях развития общества и государства постепенно трансформировались в правовые нормы, установленные и охраняемые государством.

Применение мер государственного регулирования необходимо, поскольку повышение правовой культуры представляет собой одно из основных условий формирования принципиально новой модели взаимодействия между государством и обществом. Такая модель должна быть направлена на модернизацию всей системы регулирования общественных отношений, так как из-за усложнения социальных связей и внедрения информационных технологий эффективное управление невозможно без непосредственного участия общества.

В этой связи Д. Медведев, выступая 5 июля 2019 года на пленарном заседании партийной конференции «Единой России», отметил, что на сегодняшний день уровень информированности о том, что происходит в сфере нацпроектов, является недостаточным. Он поддержал идею создания партийного сервиса «Нацпроекты глазами людей», для обратной связи с гражданами.

При этом предложение превратить партийные приемные в аналог многофункциональных центров Дмитрий Медведев отклонил: «Коллеги, давайте не будем подменять органы власти». При этом он при-

звал развивать в приемных «информационную составляющую»: «Вот здесь я двумя руками за. Очевидно, информирование, в том числе, кстати, и по национальным проектам, и по самым разным жизненным казусам, процедурам обращения, принятия решений, — вот это действительно должно быть всячески развито»¹.

Основным проводником идеологии в общественную жизнь являются средства массовой информации. Именно они существенным образом влияют на формирование общественного сознания. Появление информационно-телекоммуникационных технологий, в частности, системы Интернет, в значительной степени усилило воздействие на общественное сознание.

Однако отсутствие ценностно-ориентационной системы координат развития общества и государства, как показывает практика, может привести к появлению в духовно-нравственной сфере общественной жизни негативных факторов (нигилизм, национализм, экстремизм и иные). Таким образом, отсутствие идеологического начала в деятельности государства угрожает национальной безопасности страны.

В этой связи расширение информационного пространства необходимо влечет контроль за ним и наполнение его общественно ценной информацией и использование в общественно полезных целях.

Раскрывая вопрос типологии государственной идеологии отметим, что сегодня существует две ее разновидности: бюрократический (мещанский) тип и державный.

Суть бюрократических идеологий в том, что граждане признают свою принадлежность к определенной государственной территории. Где есть единая история, культура, язык, где государство выступает субъектом международного права, взаимодействующим с аналогичными субъектами².

Державной идеологией обладают те нации и государства, которые претендуют на особое руководящее, рулевое положение в мире. Это те державы, которые ставили и целенаправленно изменяли свою роль на международной арене³.

Выбор идеологии — дело не легкое. Он настоятельно диктует необходимость отказа от ложной концепции деидеологизации, чтобы включить «зеленый свет» для свежих научных разработок.

Жизненная идеология — не декларация, а, прежде всего, та идейная система, которая должна лежать в основании деятельности государственных институтов. Иными словами, рядовые граждане могут разнообразно относиться и воспринимать «спасительные» идеи, но вот государство должно последовательно руководствоваться ими.

¹ Газета «Коммерсантъ». № 117 от 06.07.2019. С. 2.

² Там же. С. 2.

³ Там же.

Люди, будучи по существу индивидуальностями, по-разному живут, познают, осознают собственные потребности, нуждаются во всеобщем, глобальном, безукоризненном, двигающем русле, которое поможет им сориентироваться в этом изобилующем противоречиями мире. Единичных личностей, не разделяющих государственную идеологию, согласно природе и психике человека быть не должно: феномен социальной фасилитации сделает свое дело.

Таким образом, именно идеологическая регуляция является фундаментальным элементом государственного и общественного развития. С помощью идеологии реализуются политико-правовые цели, обеспечивается единство ценностных ориентаций индивида и права. Идеологические начала, основанные на морально-этических детерминантах о путях и конечных целях развития общества и государства, преобразовались в правовые установления государства.

Важным и особенно значимым правовым изобретением в области функционирования государства в целях пресечения злоупотребления правом является концепция разделения властей.

В зависимости от существующих реальных обстоятельств и целей государственного строительства, разделение власти в разные эпохи в различных государствах осуществлялось по-разному. Идея разграничения форм государственной деятельности в самом общем виде высказывалась еще Платоном, а вслед за ним — Аристотелем. Так, Платон писал о государственном искусстве законодателя и судьи, считая оба искусства связанными между собой. «Потому что оба направлены на один и тот же предмет, но вместе с тем и отличны друг от друга», — говорил он. И если роль и функции судебной власти в идеальном государстве Платона умахалась, то роль законодателя и законности в государстве имели для него решающее значение. В соответствии с представлениями о законодательной власти он считал, что «...легко и незаметно вкрадывается нарушение законов... мало-помалу внедряясь, потихоньку проникает в нравы и навыки, а оттуда, уже в более крупных размерах, распространяется на деловые взаимоотношения граждан и посягает далее на сами законы и государственное устройство... в конце концов, переворачивая все вверх дном, как в частной, так и в общественной жизни....Если же дети... привыкнут к законности, и... эта привычка будет у них постоянно укрепляться и сказываться во всем, даже способствовать управлению государства, если что в нем было не так»¹.

Ш. Монтескье, говоря о трех родах власти, под исполнительной властью понимал ту ее ветвь, которая ведала международными делами, вопросами войны и мира. В ту эпоху борьбы с далеко не всегда просвещенным абсолютизмом под разделением власти им понималось скорее ее равновесное распределение с целью уменьшения концентрации.

¹ Платон. Государство. М., 2003. С. 264.

Д. Медисон, представитель Нового Света, в свое время отмечал «...в создании правительства, которое будет управляться людьми и управлять людьми, великая трудность лежит в следующем: сначала надо дать власть правительству для контроля над управляемыми, а затем обязать его контролировать себя». С другой стороны, принцип народного суверенитета, с необходимостью положенный в основу концепции природы федеральной государственной власти для объединения независимых американских штатов в единое федеративное государство, при его практической реализации порождал значительный дисбаланс в пользу властных полномочий избранных народом законодателей. По мнению Т. Джефферсона, «тирания законодателей — вот сегодня самая большая опасность». Поэтому создатели конституции разделили и законодательную власть при помощи двухпалатной законодательной системы, сбалансировав ее тем, что легислатура избиралась различными избирателями и на различные сроки. Ключевую роль для разрешения указанных противоречий должна была сыграть также система независимых судов. Первоначально независимый суд был гарантом от использования системы уголовного права для преследования политических оппонентов. Наиболее значительное усиление роли судебной власти произошло тогда, когда она приобрела полномочия контроля над правовым содержанием нормативных актов, издаваемых органами законодательной и исполнительной власти. Однако произошедшее беспрецедентное укрепление судебной ветви власти посредством создания и укрепления позиций многоуровневой и чрезвычайно развитой системы судов с широкими полномочиями, достаточными для сохранения разумного баланса между властными государственными институтами дало повод некоторым исследователям определять судебную власть как власть юридическую. Последнее в свою очередь при нарушении равновесия в этом направлении при определенных обстоятельствах «может оказаться лечением, которое хуже, чем болезнь» (Д. Медисон), поскольку «суды имеют дело лишь с небольшой долей правовой деятельности, существующей в правовой системе в данное время... Действительно, как существует жизнь вне больниц, так и существует право вне судов»¹.

Доктрина, созданная К. Марксом, Ф. Энгельсом и развитая В. И. Лениным, отвергает естественно-правовую концепцию происхождения и роли государства и права и, вместе с тем, принцип разделения властей. Учение о диктатуре пролетариата не могло ужиться с теорией «сдержек и противовесов» в управлении государством.

Принципы, способы и механизмы обеспечения единства систем при разделении их на две подсистемы, известные как различного рода

¹ Барак А. Судейское усмотрение. М., 2000. С. 50–51.

реализации принципа обратной связи, достаточно хорошо исследованы. Существует мнение, что появление понятия «система сдержек и противовесов» при разделении государственной власти на три ветви является попыткой сформулировать систему принципов, аналогичных принципу обратной связи.

Поэтому рассмотрим с этой точки зрения процессы осуществления власти в различных ее ипостасях.

Основное качество власти является непрерывность процесса ее осуществления во время деятельности системы. Такую непрерывность в пространстве и реальном времени призвана обеспечить, прежде всего, исполнительная власть. Государственное управление, осуществляемое органами исполнительной власти, характеризуется следующими основными признаками:

- непрерывным и оперативным характером деятельности иерархически построенного аппарата управления;
- осуществлением специализированных функций, требующих единообразных технологий и профессионального персонала;
- установлением юридико-функциональных режимов;
- применением мер административной ответственности.

Поэтому она должна иметь высокие динамические характеристики и непрерывно осуществляться на всей территории государства. Следовательно, система исполнительной власти должна быть насыщена консолидирующими иерархическими структурами, и иметь высокую степень оперативности в правовой регламентации собственной деятельности. Поскольку деятельность исполнительной власти имеет строго подзаконный характер, то правительство для успешного выполнения возложенных на него обязанностей должно быть наиболее активным субъектом законодательной инициативы.

Законодательный процесс осуществляется со значительным временным промежутком между временем рассмотрения, принятия и применения законов, поэтому он должен проводиться с некоторым опережением, носить социально-прогностические черты, и, следовательно, законодательный орган должен быть одним из ведущих элементов стратегического управления государством.

Главная задача судебной власти — обеспечить охрану и защиту прав как социальную ценность, разрешать конфликты юридическими средствами, осуществлять функцию социального контроля. В таком своем аспекте судебная власть соединяет в себе власть и право с тем, чтобы упорядочить их взаимодействие. Решение суда, с одной стороны, вносит основанную на праве меру должного в процесс осуществления власти, а с другой — позволяет «вскрыть» властную природу права, что способствует пониманию права, как системы, имеющей свою собственную внутреннюю мощь.

В частности, Конституционный суд — основной орган государственной власти, обеспечивающий ограничение самой государственной власти, с целью не допустить ее узурпации, посредством прямого применения принципов права и норм конституции. В государствах, где президент занимает положение над ветвями власти, основная задача президента как гаранта конституции с точки зрения разделения власти — обеспечить такое взаимодействие ее ветвей, которое полностью исключало бы крайне опасные проявления ее неэффективности, как разрыв непрерывности осуществления в пространстве и времени, коллизии и борьбу за полномочия, в том числе в такой их крайней форме, как «война источников права». Для этого президент наделен конституцией соответствующими полномочиями, как прямого подзаконного нормотворчества, так и возможностями использования внесудебных согласительных, а также судебных процедур разрешения конфликтов.

Политическая и государственная воля выражена в форме закона, который устанавливает правила перехода компетенции и понуждает государственные органы, принадлежащие различным ветвям власти осуществлять целесообразное взаимодействие в процессе перехода властных полномочий и соответствующей им ответственности.

Проблема разграничения компетенции и достижения эффективности в деятельности ветвей власти особенно остро ощущается при переходе от одной ветви к другой, то есть является проблемой взаимодействия подсистем власти.

Более правильно говорить не о разделении власти, а тем более «властей», а о группировании власти (что, кстати, является формой упорядочения системы) в три подсистемы на основе критериев, подобия характеристик и функций элементов системы. Кстати сказать, в английском языке употребляется более точный в указанном выше смысле термин «share» — «иметь долю, разделять участь», а следовательно, и ответственность, а не «separate» — «отделять, разъединять». Н. М. Коркунов главным смыслом теории разделения властей считал обеспечение свободы и взаимного сдерживания, а не просто обособления их. Такое взаимное сдерживание, считает Н. М. Коркунов, можно достичь тремя путями:

- разделением отдельных функций между различными органами;
- совместным осуществлением одной и той же функции несколькими органами;
- выполнением различных функций одним и тем же органом, но в различном порядке.

Но этого для обеспечения режима законности мало, считает Н. М. Коркунов. И поэтому ставит вопрос о всеобщем праве граждан на подачу петиций, т.е. жалоб. Чтобы не допустить узурпации власти

необходимо такое построение механизма государственной власти, который сам по себе препятствовал бы ее узурпации и использованию во вред человека. В этом же состоит и главное назначение принципа разделения властей — исключить возможность концентрации всей полноты власти в руках одного лица или органа, который превратился бы в неограниченного и всесильного повелителя, издающего законы, обеспечивающего их исполнение и наказывающего за непослушание.

Принцип разделения властей не есть некая панацея или волшебная палочка, спасающая от всех бед. Его действенность зависит от многих слагаемых. Но совершенно очевидно и подтверждено всем мировым опытом, что построение и функционирование демократического механизма власти без применения принципа разделения властей невозможно.

Синюков Владимир Николаевич

*проректор по научной работе Московского государственного
юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
профессор кафедры теории государства и права,
доктор юридических наук,
Заслуженный деятель науки РФ*

Система российского права: методологические вопросы

В современной системе российского права происходят фундаментальные изменения, которые с определенными оговорками можно назвать эволюционной трансформацией. В структурном отношении базовые отрасли стремятся к интеграции, высвобождая место новым образованиям специализированного и локального характера мульти-социальной природы. Нормативная система движется к большей универсальности и subsidiarity нормативных комплексов.

Соотношение права и его системы — с одной стороны, и системы права и социальных отношений — с другой, носит характер определенной закономерности. Это соотношение претерпевает изменения в ходе эволюции типов и способов правового регулирования.

Понять современные процессы в системе и структуре российского права и законодательства затруднительно, не имея в виду развития структуры отечественного права в XX веке.

Система права относится числу одного из важных концептов правоведения. Как сложно организованное явление право не может обходиться без определенной систематики.

Если посмотреть на историю права, то нельзя не обратить внимания на то, что большую часть своей истории, когда государство стало определяющим явлением общественной жизни, право развивалось в отсутствие всякой рациональной организации.

Разделение права на части, тем более, введение какой-то осмысленной внутренней структуры было результатом лишь последующей квазинаучной, либо, сугубо прикладной и утилитарной рефлексии. В истории права, по крайней мере, до XIX века — система права — это то, что вносится в правовое регулирование рациональным способом, причем вовсе не одновременно с генезисом собственно правовых норм. Это отдельный и имеющий свои особенности процесс.

Примером может служить римское право, которое было чуждо какого-то деления в процессе развития источников. Ульпиан дал знаменитую формулу, что все, что относится к положению государства, есть право публичное, а что составляет пользу отдельных лиц — право частное.

С тех пор мы ни на шаг не продвинулись в усовершенствовании этой формулы, хотя прогресс юридической формы произошел колос-

сальный. Это говорит о том, что великий юрист открыл скорее не систему, а саму природу юридических норм, которая может выражаться в самых разных конфигурациях структуры права.

Также постфактум была внесена конструкция структуры частного права Гаем — лица, вещи, обязательства, которая вышла из его Институций — учебника права и носила первоначально дидактический характер. Эта структура отражает природу частноправовых норм и раскрывает одну из возможных логик регулирования имущественных отношений.

Можно привести еще немало примеров из более новых эпох о разделении норм — выделении норм-дефиниций, норм-принципов, норм юридического процесса и норм материального права, которые в каких-то правопорядках помещались в отдельные части законодательных актов, в других — буквально соседствовали друг с другом, но все это также будет относиться к разделению труда между беспредельно разнообразными нормами права.

Вывод об асимметричном развитии права подтверждает история практически всех классических национальных правопорядков, где главным принципом организации был не некий имманентный закон структуры права, а весьма различные человеческие и прагматические явления.

Как правило, это — полномочия юрисдикционных властей (Англия: общее право и право справедливости), — политическая воля суверенов и кодификаторов (Франция и Германия, Россия — институционная или пандектная). В странах классического права вопросы системы права всегда относились скорее к сфере догмы и дидактики, нежели к практической юриспруденции.

В России вплоть до XX века строение права находилось исключительно в области практической систематизации законодательства. Традиционно этот вопрос решался в пользу актов широкой комплексной природы — от Соборного Уложения 1649 года до масштабной систематизации русского права первой половины XIX века (Полное собрание законов Российской империи и Свод законов), которая существовала до Октябрьской революции.

Есть ли это подлинная проблематика системы права? В какой-то мере — да: «внутреннее» (нормы) и «внешнее» (формы, источники) измерения права обусловлены способом и типом господствующего правового мышления и в зависимости от этого, в известной степени, формируют юрисдикционную сферу и, в целом, всю правовую систему.

Однако, скорее всего, вопрос не в этом.

Есть ли какая-то особая система права, как его закономерная структура, т.е. целесообразный способ связи элементов с наличием цели, задающей вектор всему процессу правового регулирования?

Мы пишем в учебниках¹, что есть, что есть такая система, которая характеризует целостность права, его единство как социального института, и она носит даже объективный, независимый от законодателя характер.

Вопрос можно поставить еще шире: *присуща ли праву вообще системность и что означает система применительно к современному праву?*

Ответ следующий: возможно, что система права есть, но это явление исключительно XX века и оно во многом связано именно с Россией, а более конкретно — с Советской Россией.

После октября 1917 года новая власть имела весьма неопределенные представления о новом праве, гораздо менее определенные, чем о государстве, хотя и устройство социалистического государства выступило совершенно творческой задачей.

Самые первые попытки регенерации нового права носили характер той или иной формы рецепции прежнего или зарубежного правопорядков в законодательной сфере. Например, известен проект Советского уголовного уложения 1918 года, подготовленный левыми эсерами на основе Уголовного уложения 1903 года с заменой и новой редакцией ряда принципов и статей². Однако эта и подобные ей попытки довольно быстро сошли на нет. Декретом О суде № 1 вся предшествующая система права была упразднена и был поставлен вопрос о строительстве нового права.

На что здесь следует обратить внимание.

Новое право формулировалось не только как право с радикально иной классовой сущностью и даже как антипод праву вообще, но и как иное — социально-системное явление.

Очень характерно первое официальное определение права, данное Петром Ивановичем Стучкой на коллегии Наркомюста при редактировании «Руководящих начал по уголовному праву РСФСР» 1919 года: «Право — это система (или порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной силой его (т.е. этого класса)». Позже он уточнял эту формулировку, специально в одном аспекте — «право есть **система** или порядок **норм**, фиксирующих и охраняющих от нарушения означенную выше систему общественных отношений»³.

¹ См. об этом: *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата. — 5-е изд., испр. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2017. С. 218.

² *Грачева Ю. В., Маликов С. В., Чучаев А. И.* Советское уголовное уложение (научный комментарий, текст, сравнительные таблицы). М., Проспект, 2015. — 256.

³ *Стучка П.* Революционная роль советского права. Хрестоматия-пособие для курса «Введение в советское право». М., Советское законодательство, 1931. С. 7–8.

Конечно, автор, нарком юстиции РСФСР, находится под влиянием известной буржуазной социологической школы права, которая понимала право как порядок общественных отношений, но суть не в этом. Главное состоит в том, что именно в советской России доктрина права как системы норм, целенаправленно, рационально конструируемая для выполнения определенных социальных задач стала фактическим планом строительства нового правопорядка.

Именно эту линию продолжил в 30-е годы А. Я. Вышинский (хотя и заклеив Крыленко, Стучку, Гойхбарха, Пашуканиса и других первых большевистских теоретиков и практиков права) сначала в официальном определении советского права, а затем, что было совершенно логично и неизбежно — в разработке специального вопроса о системе советского социалистического права (известная первая дискуссия о системе права 1938 года).

Фактически, говоря о системе советского социалистического права, речь шла не о тривиальном построении отраслей (они в базовой основе были в буржуазном праве), а о формировании новой правовой системы, на новых не только социальных, но и формально-юридических принципах.

«Нужно дать конкретное и твердое представление о том, что такое советское право не только в социально-политическом разрезе, но и в разрезе юридическом, что представляет собой вся правовая система»¹.

Именно в 30-е годы через дискуссию об основаниях разделения права советская Россия-СССР фактически ввела в научный оборот новый идеологический концепт правовой системы, построенный строго по рациональному принципу — политико-социальной целесообразности, классовой разумности и юридической структурированности.

Оставаться на почве старой нормативности новый политический режим принципиально не мог, так как в прежней системе отсутствовали четкие критерии для управления правом как формой организации.

Вот что писал по этому вопросу П. И. Стучка в 1931 году, за 7 лет до официальной дискуссии о системе советского права: «Существует ли ныне такой неустранимый разрыв между гражданским и уголовным правом? Отнюдь нет. Отчасти это деление права является чисто техническим, и к любому институту собственности можно было бы прибавить и уголовные последствия его нарушения.

Чем отличается ответственность за причиненный вред от уголовного штрафа, если только не тем, что этот штраф поступает в пользу

¹ *Вышинский А. Я.* Основные задачи науки советского социалистического права// Сокращенная стенограмма доклада на первом Всероссийском совещании по вопросам науки советского права и государства 16 июля 1938 года. М., 1938.

частного лица? Такой грани нет, и ее, если произвести **необходимое** размежевание, никогда в точности установить не удастся»¹.

В условиях вытеснения допущенных нэпом и закрепленных в ГК РСФСР 1922 года частно-правовых отношений государственная власть все более подходила к модели строго управляемой и тотально организуемой правовой системы, сконструированной под политические задачи хозяйственного строительства. Структура права постепенно становилась самостоятельным политическим фактором в качестве инструмента управления не только правовыми, но фактически — социальными отношениями.

В этом плане очень характерно появление таких совершенно новых структурных образований, как административное право (прежняя правовая система не различала уголовные и административные наказания), трудовое право (как право высшего типа, в котором общие положения ГК не могли быть применимы), беспрецедентное в истории права выделение самостоятельного Земельного и Семейно-брачного кодексов, которые содержали новые принципы регулирования.

Наряду с иными сферами, которые получили самостоятельную кодифицированную форму (жилищное, горное, водное, воздушное право) рациональная модель нового нормативного порядка постепенно шла к своей законодательной институционализации.

Принципом институционализации стало отождествление *государственного и правового вмешательства* и новое, по сути, *понимание права как формы организации*. Это была действительно революция права как бы к ней не относиться.

Отрасли, выделенные по критериям предмета и метода правового регулирования — изобретение советского права, которое произошло в 30-е годы прошлого века.

Откуда взялась эта идея — идея права как социальной системы?

Идеи системного подхода и общества как системы были впервые высказаны, как известно, двумя авторами А. А. Богдановым в 20-е годы в его знаменитом труде «Тектология»² и фактически воспроизведены заново австрийцем Людвигом фон Берталанфи в 50-х годах XX века. Не знаю, читал ли Вышинский Берталанфи, но книги Богданова он не мог не знать, тем более что последний был близок с Лениным и какое-то время фактически входил в высший круг большевиков. Но дело даже не в прослеживании корней идеи права как социальной системы. Это было время, когда такие идеи буквально носились в воздухе,

¹ Стучка П. Курс советского гражданского права, 1 часть, гл. 5.

² См.: Богданов А. А. Тектология (Всеобщая организационная наука) в 2 кн / Отделение экономики АН СССР. Институт экономики АН СССР. — М., Изд-во «Экономика», 1989. — 304 с.

составляли атмосферу общества, как у нас, так и в Европе, особенно в Германии и США.

Это время социальной инженерии, упорядоченного регулирования, упрощения, схематизма, конструктивизма и кубизма, футуризма и авангарда во всех сферах жизни. Когда говорят о русском авангарде и конструктивизме как важнейшем вкладе России в мировую культуру, забывают называть правовую культуру, которая выразилась в изобретении искусственной конструктивистской правовой системы — системы отраслей советского права, которые за внешними аналогичными наименованиями гражданского, уголовного права фактически скрывали совершенно новый правовой проект. Суть этого проекта состояла в социальной организации права через искусственный синтезе норм разной правовой природы.

В качестве примера фактически заново созданной базовой отрасли можно привести административное право, которое, в сравнении с классическим полицейским правом, было новым не столько по наименованию (которое обсуждалось и до революции), но и по предмету, по режимам регулирования (административная ответственность) и, что самое важное — по структуре, взаимосвязи с иными сферами регулирования (например, статус публичных юридических лиц).

В праве Российской империи не было четких различий административных и уголовных правонарушений — преступлений и проступков, они все рассматривались как различные по степени общественной опасности преступления.¹ Здесь появился институт административной ответственности, доживший до наших дней.

На основе конструктивистской методологии были изобретены совершенно авангардные правовые режимы на основе синтеза публичного и частного права.

Этой методологией в дальнейшем активно воспользовались практически все ведущие правовые страны, в том числе через свое конституционное и социальное законодательство.

Правовой конструктивизм структуры советского права имел в своей основе системную методологию.

Эта методология зародилась в начале XX века. Надо сказать, что в России системная методология получила самое последовательное, эффективное и, во многом, самоценное выражение не в сфере управления и менеджмента организаций, а в сфере права, хотя нигде официально так вопрос не ставился.

Даже в сфере науки, в системе Академии наук, в которой был создан институт системных исследований, право как предмет приложения не фигурировало. Однако юридическая доктрина активно использо-

¹ См.: Аганов А. Б. Административное право. Учебник для вузов. М., Юрайт, 2014. С. 78.

вала системно-структурный подход. Если мы не знаем, знаком ли был Вышинский с работами Богданова и фон Берталанфи, то мы точно знаем, что работы советских системников (Вадима Садовского, Игоря Блауберга, Эрика Юдина, Авенира Уемова, американца Рассела Акоффа) активно использовались практически всеми ведущими советскими авторами-юристами, которые занимались вопросами системы права и законодательства (С. С. Алексеев, А. С. Пиголкин, И. С. Самошенко, А. Ф. Казьмин, А. В. Мицкевич и другие).

Важнейшей особенностью отраслевой системы 30–60-х годов стала беспрецедентная рациональная корреляция отраслевой системы с развитием законодательства. По сути дела, был найден принцип создания полностью универсального, практически исчерпывающего, непротиворечивого и очень компактного законодательства на основе строго отраслевых кодифицированных актов.

Несколько базовых корпусов кодифицированных норм, предельно самодостаточных, характеризующихся почти лабораторной чистотой предметов и выточенных синтетических методов, внутренне филигранно взаимоувязанные, где каждый институт является элементом более высокой общности, составили основу советского законодательства (УК, УПК, ГК, ГПК, КЗоТ, КоБС, Земельный кодекс и др.).

Насколько системная методология адекватна закономерностям права? Этот вопрос сейчас, на перепутье структурных процессов в отечественном правопорядке, более чем уместен.

Механизмы формирования и регулирования систем заимствованы из биологии, языкознания и других, главным образом, естественных наук, на основе принципа изоморфизма, то есть тождества организационных структур, какой бы природы они не были — естественной или социальной.

Такие понятия системного анализа, как статика и динамика системы, ее структура и функции, взаимодействие объекта с окружающей средой хорошо «ложились» на общественные явления, общество, государство, право, правовое регулирование.

Вряд ли стоит отрицать определенную системность общества, включая государства и права. Однако придание всем этим объектам в принципе единых генерализированных свойств, позволяющих формулировать общие системные закономерности в сфере права все более наталкиваются на невозможность адекватно описать государственно-правовую реальность и объяснить новые явления.

Системная методология оказалась недостаточной в следующих основных моментах.

Во-первых, системно-структурному подходу присуща абсолютизация *фактора изменения*. Свойственные всякому социальному институту статика и динамика рассматриваются как равнозначные свойства системного объекта, который поддерживается в равновесном состо-

нии благодаря рациональной стратегии изменений. При этом сам процесс изменений есть подлинная сущность системного объекта.

В этой связи системный анализ приоритетное значение придает организации объекта, природа которого меняется в зависимости от усилий структурного или функционального характера.

На основе системной методологии в течении XX века возникли и развивались мощные позитивистские технологии рационального творчества права. Эти технологии ставили амбициозные социальные и политические цели на основе специальных методов правового регулирования.

Мы и сейчас законотворчество рассматриваем как метод социального переустройства, как способ проведения «правовой политики».

Во-вторых, системный подход на основе принципа изоморфизма законов утверждает тождественной всех организаций, симметричность социального и естественного регулирования. Основная идея теории открытых систем — в единстве строения самых различных системных комплексов, от атомных и молекулярных — до биологических и социальных.

Между тем право как социальный институт во многом характеризуется статичностью, асимметричностью своих институтов, в значительной степени асистемностью своей организации. Так, между базовыми отраслями практически нет жестких линий разграничения и последние суть результат политического и социального выбора. Так, во французском праве, как известно, частно-правовые нормы соседствуют с уголовно-правовыми.

В-третьих, принципом системной методологии является принцип единства мира, в данном случае — единство правового мира (правовой монизм), из которого исходят как советская, так и либеральная доктрины. Но именно в праве этот принцип имеет существенные ограничения. Правовая культура характеризуется дискретностью и индивидуальностью.

Тем не менее, системный подход позволил значительно расширить представления о связях права с окружающим социальным пространством и выйти за пределы собственно юридического метода.

Существо современной ситуации состоит в том, что в пореформенный период, когда понадобилось обеспечить правовое регулирование рыночных реформ и нового социального уклада, не было в достаточном мере осознаны глубина и цельность методологии строительства советской правовой системы. Мы просто не знали, как с ней культурно работать. Мы не знали ее закономерностей. Мы подошли к ней как к простому собранию классических отраслей права, как к некоей вневременной и формальной структуре-матрице, на которую можно сколь угодно навешивать любые нормы права.

Неуправляемый рост новых нормативных общностей создал иллюзию стихийного развития права, открыл ворота для вседозволенности законодателя. Наши споры о системе ушли в плоскость умозритель-

ной и эмоциональной математики — сколько и каких новых отраслей мы признаем в системе права.

Поэтому суть исследовательской задачи — в выявлении основных противоречий, которые характеризуют развития системы российского права в настоящее время.

К таким противоречиям можно отнести:

- расхождение сложившейся структуры отечественного права с новой организацией общественных отношений;
- диссонанс между старым советским типом управления правовой системой и новыми методами правообразования на основе синтетических режимов регулирования;
- противоречие между различными системами нормообразования: законотворческой и правоприменительной.

В советское время были найдены рациональные методы системного управления структурой права, в связи с чем государству удалось на определенное время совладать с валом нормативного материала и обеспечить на определенное время простор для развития общественных отношений.

В 90-е годы, в условиях рыночных реформ мы попытались через инструменты советских кодификаций повторить попытку рационального управления правом на основе структурных методов 30-х годов.

Эта попытка по большому счету оказалась неудачной. Ни одна кодификация, в том числе гражданского права не стала систематизирующим и эффективным центром развития экономики и социальной сферы. Стремление через инструменты кодификации повторить советский опыт волевого конструирования базовых отраслей права и добиться системного эффекта не учитывал главного — радикально изменился характер общественных отношений, которые требуют новой методологии правовой организации.

Стремление к фактически административным методам управления правовой системой — главная причина неуправляемого бума законотворчества.

Какие выводы следуют из уже почти столетнего опыта развития системы отечественного права? Их два.

Первый.

Забыть о системе советского права как современной методологической категории. Забыть о симметрии отраслей права, созданной в советское время. Перестать считать отрасли и подотрасли и пытаться найти рациональные основания некоей объективной системы права. Система права это исключительно метод организации права. Советская система права — это статический, теперь уже вневременной шедевр правовой культуры, непревзойденный памятник правового регулирования, который повторить в новых условиях, в новых кодексах совершенно невозможно.

Второй вывод.

Забыв о советской системе права и базовых отраслях права, следует, тем не менее, продвинуться в понимании системной методологии рационального строительства структуры отечественного права, использовать советский опыт через гораздо большее разнообразие форм права и правоприменения. Для этого потребуются совершенно нетривиальные способы, в том числе, цифровые формы и источники нормообразования на основе открытой в 30-е годы синтетической частно-публичной консолидации правопорядка.

Давлетгильдеев Рустем Шамилович

*заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

К вопросу о региональном развитии международного права

Одной из тенденций современного международного права является сочетание стремления международного сообщества к универсализации, с одной стороны, и движение к регионализации, с другой. Можно сослаться на одного из родоначальников теории международного права Гуго Гроция, который писал в своем фундаментальном труде «О праве войны и мира», что «...зачастую в одной части земного шара действует такое право народов, которое не имеет силы в остальной...» (Кн.1, гл.1, §XIV)¹.

Регионализм в международном праве существовал с момента возникновения самого международного права, поскольку «исторически региональные системы предшествовали глобальной системе... и нормативное регулирование развивалось на региональной основе»².

Основоположник Казанской школы международного права Давид Исаакович Фельдман писал, что «так же, как история становится всемирной лишь на своей поздней стадии, так и международное право, прежде чем стать всеобщим, универсальным, развивалось по отдельным регионам»³.

Известный исследователь истории доклассического международного права О. В. Буткевич отмечает, что Древнему миру свойственно региональное обособление международного права: «региональный характер международного права проявился в нем еще с самого начала его формирования и был обусловлен самой природой этого права, поскольку возникает в международной среде общественных образований, которые вступают в отношения между собой»⁴.

В принципе международное право зародилось в тех регионах земного шара, где сложились необходимые географические, экономиче-

¹ Гроций Г. О праве войны и мира: Репринт. С изд. 1956 г. М.: Ладомир, 1994. С. 74.

² См.: Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Издательство «Спарк», 1997. С. 145.

³ Фельдман Д. И. Система международного права. — Казань, 1983. С. 16.

⁴ Буткевич О. В. Регіоналізм стародавнього міжнародного права як попередник становлення міжнародно-правових підсистем сучасності // Український щорічник міжнародного права. 2007. — К.: Видавничий дім «Промені», 2010. С. 389.

ские, культурные и политические условия, и где начали появляться первые государственные образования: регионы Междуречья, Северной Африки, Индии, Китая, Малой Азии, позднее Античной Греции и Рима¹. О. В. Буткевич высказала мнение, что указанные регионы выступили своего рода «колыбелями» для формирования региональных подсистем современного международного права: «так и корни многих международно-правовых проблем современности... лежат в особенностях регионализма международного права предшествующих эпох с его последующей трансформацией в китайско-конфуцианскую, буддистскую, арабо-мусульманскую, антично-западноевропейскую и другие международно-правовые семьи»².

В Древнем мире государства объединялись главным образом для целей безопасности.

Так, Ван Клеффенс (Van Kleffens)³ упоминает о том, что более тринадцати с половиной веков до нашей эры фараон Египта Аменхотеп IV⁴ (более известный как Эхнатон) после восстановления автономии некоторых ранее захваченных стран объединил их на региональной основе для целей общей защиты⁵. По всей вероятности, речь идет о владениях Египта в Азии, о т.н. провинциях Амурру, Упе и Ханаан, которые управлялись египетскими наместниками «рабицу». Как пишет российский исследователь дипломатии Древнего Востока ... «Египтяне, как правило, не меняли традиционную политическую структуру завоеванных ими областей Передней Азии, не уничтожая местные города-государства при условии признания ими верховной власти фараона. Города-государства сохраняли автономию в вопросах внутренней жизни. Основным условием признания египетского господства... был отказ от проведения самостоятельной внешней политики»⁶.

Практика создания региональных союзов была развита в Древней Греции. В первую очередь следует назвать т.н. амфикионию — Дельфийский союз греческих племен, живших по соседству со святилищем

¹ Д. И. Фельдман перечисляет следующие регионы: Двуречье и Египет; Индия и Китай; Древняя Греция и Древний Рим. См.: *Фельдман Д. И.* Система международного права. С. 16.

² *Буткевич О. В.* Указ. соч. С. 387.

³ *Van Kleffens E. N.* Regionalism and political pacts // *American Journal of International Law.* 1949. Vol. 43. No. 4. pp. 666–678. URL: <http://www.jstor.org/stable/2193258> (дата обращения: 05.02.2014).

⁴ Аменхотеп IV (позднее Эхнатон) — фараон Древнего Египта (1375—1336 гг. до н. э.), правивший приблизительно в 1353 (или 1351) — 1336 (1334) годах до н. э., из XVIII династии.

⁵ См.: *Van Kleffens E. N.* Regionalism and political pacts. P. 672.

⁶ Межгосударственные отношения и дипломатия на Древнем Востоке / Отв. ред. И. А. Стучевский. М.: Издательство «Наука», 1987. С. 45.

общего высшего божества, объединявшихся для его защиты, обогащения и общего жертвоприношения. Амфикиония была сгруппирована вокруг храма Аполлона в Дельфах, а также храма Деметры Амфиоктионийской в Фермопилах и включала в одно время большинство государств центральной Греции. Как отмечал британский исследователь истории международного права в Древней Греции Колеман Филлипсон Амфикионийский Совет «...между прочим, установил правила, определяющие права и обязанности нерелигиозного характера»¹.

Другой разновидностью регионального союза была симмахия — военно-политический, преимущественно наступательный, союз, заключавшийся между древнегреческими полисами. Симмахии создавались на различные периоды времени, некоторые достаточно недолговечные, такие как Беотийский и Делосский Союзы, другие относительно долговечные, как, например, Пелопонесский, Фессалийский, Этолийский, Ахейский, Ликийский Союзы, каждый из которых существовали в течение более века, а в некоторых случаях — существенно дольше².

Известный американский исследователь истории международного права античности Дэвид Бедерман выделяет в качестве условных международных объединений свободных, автономных и равных городов два союза: Второй Афинский Союз 377 года д.н.э. и Коринфский Союз 337 г. д.н.э., созданный Филиппом II Македонским. Более локализованные союзы городов были также обычным явлением, будь то в форме соглашений о невмешательстве (*symbola*), предоставления полных прав гражданства (*изополития*), наступательных или оборонительных союзов (*симмахия* и *эпимахия*) или религиозных образований (*амфикионии*). Греческая международная организация была впечатляющей по своей сложности³.

Отличительной чертой региональных систем древнего мира был их пирамидальный характер — в центре регионального международного взаимодействия находилось государство-гегемон⁴. Другой особенностью Древнего мира был принцип национальной исключительности, идеалом которого являлась Всемирная империя⁵.

Таким образом, региональные особенности международно-правового регулирования различных вопросов международных отношений берут свое начало в глубокой древности.

¹ *Phillipson C.* The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome. Macmillan and Company, Limited, 1911. P.36.

² *Ibid.*

³ *David J. Bederman.* International Law in Antiquity. Cambridge University Press, 2001. P.36.

⁴ См.: *Буткевич О. В.* Указ. соч. С. 395.

⁵ *Таубе М. А.* История зарождения современного международного права (Средние века). Т.1. Спб., 1894. С. 65.

При переходе от периода античности к раннему средневековью пирамидальная система международного права постепенно заменяется т.н. «горизонтальной» системой, а система международного права, по словам О. В. Буткевич, начинает делать первые шаги к универсальности. На этом этапе полицентричное международное право переходит в формат европоцентричного международного права. Пирамидальный принцип функционирования системы международных отношений сохранился в системах двух «пирамид» во главе с Римской и Персидской империями. Уже в римском праве выделялось *jus gentium* — право народов, нормы которого распространялись на все народы Римской империи — на римлян и неримлян. Эта концепция *jus gentium* впоследствии была использована при обосновании возможности существования универсального международного права¹.

Международное право раннего Средневековья также носило яркий региональный отпечаток, поскольку в большей степени отношения между государствами строились в пределах регионов при сильном влиянии религии на процесс формирования международного права. Именно основные мировые религии или религиозно-нравственные учения дали начало т.н. «осевых цивилизаций», в рамках которых формировались особые правовые системы: основанные на единобожии и богооткровении — иудейская, христианская и мусульманская цивилизации, а также имеющие в основе «космические» или небооткровенные религии — индуистская, буддистская, конфуцианская цивилизации². Немецким философом Карлом Ясперсом введено понятие т.н. «осевого времени», датируемого около 800–200 г. до нашей эры³, когда начинается исторический этап традиционных региональных цивилизаций доиндустриального типа. К финалу «осевого времени» и в последующие столетия основные цивилизационные миры Старого Света (в пределах Средиземноморья, Передней и Центральной Азии, Индостана, а с рубежа эр и Китая) вступают в непосредственные контакты друг с другом, в том числе формируются основные трассы Великого шелкового пути, активно идет морская торговля⁴.

Несмотря на то, что в Средние века религия оказывала существенное влияние на все право, включая и международное, а нетерпимость к представителям других религий, а также к представителям других конфессий в рамках одной и той же религии зачастую приводила к войнам, экономическое, а в ряде случаев политическое взаимодействие

¹ См. подробнее: *Буткевич О. В.* Указ. соч. С. 405–406.

² *Лукашева Е. А.* Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение / Е. А. Лукашева. М.: Норма, 2009. С. 113–114.

³ *Ясперс К.* Смысл и назначение истории. М.: Республика, 1991. С. 32–50.

⁴ *Цивилизационная структура современного мира* / под ред. Ю. Н. Пахомова, Ю. В. Павленко. В 3 томах. Т. 1. Киев: Наукова Думка, 2006. С. 55.

между основными регионами мира имело место. Так, между европейскими и мусульманскими государствами заключались консульские договоры, например, договор между Венецианской республикой и Египтом 1238 г. Договор 1535 г. между Султаном Оттоманской Порты Сулейманом и королем Франции Франциском I положил начало т.н. режиму «капитуляций» — привилегий для иностранцев-христиан¹. Существовали и проекты объединения, можно указать на предложения французского монаха Эмерика Крюсе, сделанные в его работе «Новый Киней» 1623 г., учредить международную организацию с включением в нее не только европейских государств, но и Россию, Турцию, Персию, Индию, Китай и Эфиопию².

В мусульманском мире еще в конце VIII века н.э. исламским богословом и правоведом Мухаммадом аль-Шайбани была издана книга, переведенная на английский язык в 1966 г. под названием «Исламское право народов: Сийар Шайбани»³. Сийар признавалась идеей исламского международного права в Средние Века, определяя правила взаимоотношений между исламским миром и враждебным немусульманским миром. Причем если для Ханафитской школы, к которой принадлежал аль-Шайбани, джихад — священная война против неверных, рассматривалась как норма, то Шафиитская школа признавала существование третьего пространства, т.н. «пространства соглашений» или «пространства мира», с которым мир Ислама не находился в постоянном состоянии войны⁴. Постепенно вопросы войны стали дополняться другими, заключались договоры о торговле с Византией и другими государствами христианского мира⁵.

Внутри цивилизаций также формировались империи, претендовавшие на доминирование в рамках одного региона, а иногда и за его пределами. Причем управление империей могло осуществляться при активном участии церкви. Каноническое (церковное) право оказывало влияние во всем христианском мире. Ярким примером такой империи в Европе стала католическая Священная римская империя германской

¹ *Lorca A. B.* Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation // Harvard International Law Journal. 2010. Vol.51. No 2. P.505.

² См.: Европейское международное право: учебник / отв. ред. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова, П. В. Саваськов. М.: Междунар. отношения, 2005. С. 14–15; *Кембаев Ж. М.* Политико-правовая история идея единой Европы: с древнейших времен до современности. Алматы-Астана: Академпресс, 2012. С. 88–94.

³ *Majid Khadduri.* The Islamic Law of Nations: Shaybani's Siyar. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1966.

⁴ *Ahmed S. El-Koshi.* History of the Law of Nations Regional Developments: Islam // *Rudolf Bernhardt* (ed.). Encyclopedia of Public International Law. Vol. 2. Amsterdam/Tokyo, North-Holland: Elsevier Science, 1995. P. 811.

⁵ *Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И.* История международного права. М.: Междунар. отношения, 1990. С. 79.

нации Карла Великого, на базе Восточной Римской империи образовалась православная Византия, в мусульманском мире Арабский халифат функционировал на основе шариата.

Предельная веротерпимость и выход за пределы региона были свойственны в раннем Средневековье только империи Чингиз-Хана, Великая степь (Дешт-и-Кипчак) долгое время служила местом притяжения и сосуществования всех основных мировых религий, являясь также центром формирования и развития ряда отраслей международного права, таких как посольское право, право войны, торговое право¹.

Классическое международное право, созданное в результате Вестфальского мира 1648 года, до конца XVIII века фактически было ограничено европейским регионом, хотя в других регионах существовали свои подходы к международному праву также внутри своих цивилизаций, в частности, уже упомянутая доктрина Сийар в исламских странах. В то же время в Китае на протяжении более 2 тысяч лет господствовала идея «срединной империи», традиционного сино-центричного мирового порядка в Восточной Азии, включая Юго-Восточную Азию².

Следует согласиться с О. В. Буткевич, что современное международное право необходимо изучать с учетом специфики возникновения и развития международного права в соответствующем регионе. Знание генезиса различных элементов международного права в рамках соответствующего региона позволит найти эффективные пути решения современных проблем международного права.

Европоцентричность в классическом международном праве до 1815 г. имела широкий контекст, закрепляя за европейскими государствами равные права независимо от различия их религиозной веры и форм государственного строя³, права на колонизацию вновь открытых земель в Новом Свете и расширение сотрудничества со странами Азии и Африки, постепенно переходящее посредством крупных торговых компаний (Британской, Голландской, Французской, Датской, Шведской, Австрийской и Португальской Ост-Индских компаний и др.) к тому же процессу «мирной» колонизации Индии и других стран Востока⁴. В работах Франсиско де Витория «De Indis» и «De Jure

¹ См.: Тузмухамедов Р. А. Некоторые международные и международно-правовые аспекты создания, существования и падения Золотой Орды // Московский журнал международного права. 1995. № 1. С. 123–124.

² Masaharu Yanagihara. Significance of the History of the Law of Nations in Europe and East Asia // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 371. Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2014. P. 319.

³ Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. История международного права. С. 96.

⁴ См. Шумилов В. М. Краткая история международного права (в контексте цивилизационного подхода) // Московский журнал международного права. 2006. № 1. С. 312; Arnulf Becker Lorca. Universal International Law: Nineteenth-Century Histories

belli Hispanorum in barbaros» (1532 г.), уже проводилось различие между христианами и нехристианами по отношению к американским индейцам, последние рассматривались испанскими завоевателями в качестве варваров, которых необходимо обращать в христианскую веру, обучать, однако это не делает их равными с испанцами, по причине их нахождения под испанской властью¹.

Науке международного права XVII-XVIII вв. был свойственен естественно-правовой подход², на следующем этапе развития классического международного права с 1815 до 1919 г. произошло формирование позитивной концепции европейского международного права, главной задачей которой стало обоснование официального империализма европейских государств — расширения Западного суверенитета за пределы Европы как единственного пути, чтобы принести цивилизацию на Восток³.

О концепции цивилизованных и нецивилизованных народов для целей международного права в XVIII веке говорил Кристиан Вольф в своем труде “Jus Gentium”, позднее ее использовал Иммануил Кант, в работе «К вечному миру» цивилизованные народы, объединенные в государства — это европейские народы, которые, впрочем, критикуются философом за негостеприимное поведение и несправедливость при посещении чужих стран и народов⁴.

Во второй половине XIX века наука международного права в Европе формулирует модель международного права «цивилизованных» народов как средство закрепления доминирующей позиции Западной цивилизации в мире, продолжая колонизацию Востока.

Ярким примером обоснования европоцентризма и идеи «цивилизованных» государств стал курс международного права Л.Оппенгейма, изданный в 1905 г., в котором указывалось, что международное право «в основном продукт христианской цивилизации». В то же время Ласса Оппенгейм дает определение «универсальному» международному праву как совокупности обычных и конвенционных норм, обязательных для всех цивилизованных государств без исключения. В противовес универсальному выделяется «партикулярное» международное право, обязательное для двух или нескольких государств, а также «общее»

of Imposition and Appropriation // Harvard International Law Journal. 2010. Vol.51. No 2. P. 477.

¹ Tarazona L. O. The Civilized and Uncivilized // The Oxford Handbook of the History of International Law. Ed. by Bardo Fassbender and Anne Peters. 2012. P.2.

² Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. История международного права. С. 103.

³ См.: Martti Koskenniemi. The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960. Cambridge University Press, 2001. P.5.

⁴ Кант И. К вечному миру. Электронный ресурс. С. 16. URL: http://www.civisbook.ru/files/File/Kant_K_vechnomu_miru.pdf (дата обращения: 14.02.2016).

международное право — совокупность норм, обязательных для очень многих государств, включая «великие державы»¹. Таким образом, универсальное международное право распространялось лишь на «цивилизованные» государства, к которым до окончания Первой мировой войны относились европейские государства, включая Российскую империю, США, Османскую империю после Парижского конгресса 1854 г. и некоторые другие.

На политическом уровне отношения между «цивилизованными» и «нецивилизованными» народами были отражены в Акте Берлинской конференции по Восточной Африке 1885 г., которым были подтверждены действия по колонизации некоторых регионов Африки как свободных пространств со статусом нецивилизованных или пустых земель, не рассматриваемых как государства².

Концепция «цивилизованных» государств в XIX веке тесно связана с доктриной признания в международном праве, а также с формированием в XX веке т.н. стандарта цивилизованности, соблюдение которого давало возможность неевропейским государствам войти в круг цивилизованных стран³.

В XIX веке самостоятельным регионом в политическом и международно-правовом смысле помимо Европы стала Америка, как отмечает В. М. Шумилов, после провозглашения Соединенными Штатами Америки в 1823 г. доктрины Монро, территории на американском континенте не должны были выступать объектом колонизации со стороны европейских государств⁴. В дальнейшем существование американского международного права на американских континентах было обосновано, в частности, в работах Алехандро Альвареса в начале XX века⁵, в тот самый момент, когда европоцентризм в формате универсального международного права цивилизованных наций получил наибольшее распространение в мире, включая Африку, Восточную и Южную Азию⁶.

¹ *Lassa Oppenheim*. International Law: A Treatise. Vol.1. Peace, London, Longmans, Green, 1905. P. 3. Определение универсального международного права как права цивилизованных государств сохранялось в курсе Л. Оппенгейма до издания 1948 г. В последующих изданиях термин «цивилизованные» был исключен.

² *Tarazona L. O.* The Civilized and Uncivilized. P.5; *Martti Koskenniemi*. The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960. P.121–127.

³ См.: *Lorca A. B.* Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation. P. 495–503.

⁴ *Шумилов В. М.* Взгляд на историю международных отношений и международного права в контексте цивилизационного подхода // Московский журнал международного права. 2014. № 3. С. 53.

⁵ См.: *Alvarez A.* Le droit international americain. Paris, A. Pedone, 1910.

⁶ *Anghie A.* Identifying Regions in the History of International Law // The Oxford Handbook of the History of International Law // Ed. by Bardo Fassbender and Anne Peters. 2012. P. 5.

Исторически именно с регионализмом связывалась и проблема т.н. фрагментации, на это обращает внимание в своей статье и А.-Ш. Мартино¹. После начала Первой мировой войны и до середины 20-х годов универсальность международного права была под вопросом, цивилизаторская миссия Европы больше не устраивала государства, в итоге создание Лиги Наций дало новый толчок развитию идеи универсализма.

Следует отметить, тем не менее, что исторически первое допущение существования региональных соглашений в области сохранения мира было сделано именно в Статуте Лиги Наций, в ст.21 через признание совместимости со Статутом международных обязательств, в том числе «ограниченных пределами известных районов соглашений и доктрины Монро»².

Однако увеличение числа региональных режимов (американский, азиатский, советский, мусульманский...) вызвало серьезное беспокойство по поводу единства и потенциальной фрагментации международного права.

Такую позицию высказал профессор Луи Ле Фюр в 1933 г.³ Проблема «раздробления» международного права, общих и частных правил в международном праве была предметом рассмотрения Шарля Руссо, Жюля Бадевана⁴, причем в предвоенные годы приоритет принципа *lex specialis* по отношению к *lex generalis* ставился под сомнение именно из-за противопоставления универсальных и партикулярных (региональных) норм⁵.

В период перед Второй мировой войной и сразу после нее высказывалось мнение и о том, что международное право должно разрабатываться в региональном контексте, поскольку в этом случае оно будет осуществляться более эффективно и справедливо и соответствующие нормы будут трактоваться и применяться последова-

¹ *Anne-Charlotte Martineau*. La fragmentation du droit international: un renouvellement répété de la pensée? // Сайт Европейского Общества международного права http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Martineau_009.pdf (последнее посещение — 06.08.2012).

² Статут Лиги Наций на сайте исторического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова: <http://www.hist.msu.ru/Departments/ModernEuUS/INTREL/SOURCES/Legnatus.htm> (последний посещение сайта — 10.04.2012). В рамках доктрины Монро в 1889 году был основан международный Союз американских государств — впоследствии Панамериканский союз.

³ *L. Le Fur*. Précis de droit international public, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1933, P. 303.

⁴ *Rousseau Ch.* De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international // *Revue Générale de Droit International Public*. 1932. pp. 132–192; *Basdevant J.*, Règles du droit de la paix // *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*. 1936. Vol. 58. tome IV. P. 492.

⁵ *Rousseau Ch.* Op. cit. P. 151; *Redslob R.* Les principes du droit des gens moderne. 1937. Rousseau, Paris. P. 19.

тельным образом. Последовательным сторонником такого подхода был Жорж Селль¹.

Существование параллельных процессов универсализации и регионализации в международном праве стало возможным после второй мировой войны, когда была создана универсальная международная межправительственная организация — Организация Объединенных Наций, и образована система ООН, с одной стороны, а также начали появляться крупные региональные организации практически на каждом континенте. В частности, уже в 1945 году была создана Лига арабских государств, в 1948 году была создана Организация американских государств, в 1949 — Совет Европы.

¹ *Georges Scelle*. Cours de droit international public. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. P. 253.

Малютин Никита Сергеевич

доцент кафедры конституционного и муниципального права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук

Судебное толкование как инструмент обеспечения стабильности в праве

Толкование права — необходимый и важный элемент правореализационного процесса, в частности правоприменения¹. Любое правоприменительное решение должно быть опосредовано предварительным уяснением подлинного смысла нормы, а в некоторых случаях, и ее разъяснением конечному пользователю такого решения. Между тем, очевидным представляется и тот факт, что правовой эффект результатов толкования выходит далеко за пределы исключительно правореализационного процесса и им, конечно же, не ограничивается². Важность толкования подчеркивается в процессе правотворчества, а также при осуществлении научно-теоретических исследований, пропаганде права и т.д.³.

Между тем, при имеющейся на первый взгляд очевидности содержания понятия «толкование права», теоретическое осмысление данного вопроса имеет весьма продолжительную историю и характеризуется разнообразными представлениями о сущности исследуемой правовой категории. Подобная трансформация подходов к понятию толкования права обусловлена, прежде всего, принадлежностью исследователей-правоведов к той или иной школе правопонимания, а также от признаваемого в конкретную историческую эпоху взаимоотношения между судебной и законодательной властью⁴.

Как справедливо отмечают А. В. Смирнов и А. Г. Манукян, способ толкования права как уяснения подлинного его содержания в зависимости от господствующей школы правопонимания может быть *ста-*

¹ Теория государства и права. Курс лекций / под редакцией Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. С. 440, а также некоторые доктринальные позиции: *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 324–327; *Спасов Б.П.* Закон и его толкование. М.: Юрид. лит., 1986. С. 188 и другие.

² С этой точки зрения следует согласиться с позицией М. Тропера, согласно которой основные проблемы полноценного конституционно-правового анализа вопросов толкования права упираются в столь однобокий взгляд на этот вид деятельности (*Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 171).

³ *Хабриева Т.Я.* Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. М.: Юрист, 1998. С. 10–11.

⁴ Подробнее об этом см.: *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004.

тическим или *динамическим*¹. При этом под статическим толкованием авторы понимают процесс выявления единственно возможно смысла нормы, predeterminedного неизменной в течение времени волей законодателя. Динамическое же толкование, напротив, обусловлено изменчивостью реального содержания и смысла правовой нормы с течением времени, «ибо само право способно изменяться некоторое время даже в рамках старых юридических форм»².

Между тем, взаимосвязь подобной дифференциации способов толкования права с той или иной концепцией правопонимания носит более глубокий характер и, прежде всего, предопределяется фундаментальным подходом к пониманию самого права. Как отмечал О. Э. Лейст, в процессе становления и развития гражданского общества сложились три основные концепции права — позитивно-нормативная, естественно-правовая и социологическая³.

Позитивно-нормативный подход к праву, основываясь на представлении, что право — это нормы, изложенные в законе или ином нормативном акте, предполагает, что государственная воля (воля господствующего класса, общенародная воля или воля законодателя) может быть выражена лишь посредством слова как определенного набора однозначно и единообразно воспринимаемых символов. Кроме того, по мнению О. Э. Лейста, «лишь при позитивном понимании права могут быть обеспечены законность, господство права, восходящее к его официальному установлению и единообразному пониманию»⁴ (которое, в свою очередь, обеспечивается единообразным толкованием). В этой системе координат, органически связанной с классическим представлением о системе разделения властей, в задачу законодателя входит создание, развитие и совершенствование логически непротиворечивого и однозначно понимаемого правового массива, а толкование права, таким образом, приобретает исключительно инструментальное значение, связанное с необходимостью разъяснения нормативных положений в процессе их применения.

Позитивно-правовому подходу к пониманию права в некотором смысле противостоит естественно-правовой, согласно которому законы, принятые государственной властью, не безупречны, могут содержать всевозможные дефекты и пробелы. В текстах позитивных законов нередко можно встретить существенные противоречия и рассогласованность. Таким образом получается, что действующее право (или объ-

¹ См., *Смирнов А. В., Манукян А. Г.* Толкование норм права: учебно-практическое пособие. М.: Проспект, 2008.

² Там же.

³ Подробнее об основных концепциях правопонимания см.: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002.

⁴ См.: Там же. С. 317.

ективно существующее право) несколько отличается от права, зафиксированного на бумаге в виде позитивных законов. Отсюда возникает необходимость разграничения «духа» и «буквы» закона, связанного, в том числе, с необходимостью использования специальных приемов толкования нормативных текстов. Кроме того, существуют объективные предпосылки для возникновения динамического толкования, выходящего за пределы текстуального содержания нормы (коррекционное, нормативное и иные виды толкования). Однако подобные рассуждения не лишены и определенных противоречий. В частности, возникает вопрос о возможности реализации принципа правовой определенности, вступающей в конфликт с многообразием интерпретационных вариаций правовых норм. Проблема усугубляется еще и наличием в развитых государствах состязательного судебного процесса, в рамках которого стороны могут представить полярные взгляды на одну и ту же правовую норму, исходя из наиболее справедливого, по их убеждению, толкования «духа закона». Таким образом, под сомнение ставится сама возможность объективного применения права, а значит и его стабильности.

Что же касается третьего, социологического, подхода, то в данном случае правом нужно считать не абстрактные формулировки позитивных законов и общие рассуждения о правах и свободах, а систему правоотношений, в которых выражены и согласованы многочисленные и разнообразные интересы членов общества¹. В подобной ситуации судам и осуществляемому ими толкованию отводится роль своего рода гаранта соблюдения права. Таким образом, толкование права судами превращается в средство объективации представления конкретных правоприменителей о том, какие из существующих в обществе правоотношений можно назвать правовыми, а какие нет. Говорить в данной ситуации о наличии некоего общего критерия, разграничивающего право и «неправо», а также о какой-либо правовой определенности вряд ли возможно.

Таким образом господствующая в научной среде концепция правопонимания, безусловно, накладывает свой отпечаток на само содержание понятия толкования права. Между тем, было бы неверным говорить, что понятие толкования права носит исключительно второстепенный и опосредованный характер. Уместно будет еще раз подчеркнуть, что, выступая в качестве неотъемлемого элемента процесса реализации права², толкование представляет собой универсаль-

¹ См.: *Лейст О. Э.* Указ. соч. С. 322–324.

² Как справедливо отмечает Е. В. Васшковский, толкование является объективной необходимостью существования писаного права, так как оно «более других литературных произведений нуждается в толковании, во-первых, в виду своего важного практического значения, а во-вторых, в силу предписания закона». См.: *Васшковский Е. В.* Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских механизмов. — М., 2002. С. 81.

ную правовую категорию, которая лишь приобретает определенные специфические черты в конкретной системе правовых координат.

Еще одним фактором, обуславливающим комплексный и всесторонний подход к пониманию толкования права, является, как уже было отмечено ранее, взаимоотношение законодательной и судебной власти. Разрешение данного вопроса является крайне важным для определения конституционных характеристик как самого процесса судебного толкования, так и его результатов.

Вплоть до начала XIX века в правоприменительной практике преобладала традиция отрицания толкования¹. Эта тенденция была характерна и для России. До второй половины XIX века существовала норма, устанавливающая точное исполнение закона, согласно его буквальному смыслу, без всякого изменения или распространения. «Произвольное толкование» находилось под прямым запретом. Ситуация приобрела противоположный вектор развития после формирования новой концепции правосудия (вторая половина XIX века)². В данный период в трудах отечественных ученых-правоведов (Г. Ф. Шершеневич; Е. В. Васьковский; Н. М. Коркунов; В. М. Хвостов; И. Я. Фойницкий и др.) стала разрабатываться теория толкования законов «как реакция на смену юридической парадигмы во взглядах на роль толкования в отправлении правосудия»³.

Как отмечает П. И. Люблинский, «главное зло старого порядка видели в произволе королевских чиновников, в сословных привилегиях, в устаревших законах. Путь к изменению этих порядков видели в передаче всех высших полномочий власти (суверенитета) народу, который в лице народного представительства должен был следить за тем, чтобы никто из подчиненных лиц не узурпировал высшей власти. Так как участие представителей народа было приурочено только к законодательной власти, то признавалось необходимым предоставить исключительное господство закону, которому должны подчиняться судебная и исполнительная власти. Судьи не могут быть уполномочены на истолкование закона, в велениях которого воплотилась общенародная воля; в случае встречных затруднений они лишь могут обращаться за разъяснениями к законодателю»⁴.

¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. 1–4. М., 1910–1912. Вып. 4. С. 727, 728.

² См.: Озерскис А. П. Новая концепция правосудия во второй половине XIX века // История государства и права. 2008. № 7. С. 37–38.

³ См.: Калякин О. А. Аутентичное толкование — метод восполнения пробелов в нормативных актах // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 1.

⁴ См.: Люблинский П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. С. 97–98.

Подобная позиция находит свое подтверждение в трудах основателя классической концепции разделения властей Ш. Л. Монтескье. «Решения суда, — пишет Монтескье, — суть, в сущности, лишь «точный текст закона». Если бы в них заключалось частное мнение судьи, то в обществе могли бы возникнуть обязанности, на которые народ не давал своего согласия... Судьи нации служат только устами, произносящими слова закона, неодушевленными существами, которые не могут умерить ни силу, ни строгость закона»¹. По мнению автора, деятельность суда сводится лишь к формулированию «вывода из большей посылки силлогизма, которую представляет собой закон»².

Рассуждая о роли судьи при рассмотрении уголовных дел, подобной позиции придерживался и известный итальянский мыслитель Ч. Беккариа: «Судьям не может принадлежать право толковать уголовные законы исключительно в силу того, что они не являются законодателями. Судьи не получили законы в наследство от наших предков как традицию или завет, которые не оставляют потомкам ничего другого, кроме повиновения. Наоборот, они получают их от живого общества или суверена, его представляющего, как хранителя результатов всеобщего волеизъявления своих современников. Судьи получают законы не как обязательства, вытекающие из древней клятвы, лишенной своей силы, — ибо в противном случае она связывала бы воли уже умерших, — и несправедливой, поскольку возвращала бы людей, уже объединившихся в общество, в первобытное состояние, а как обязательства, вытекающие из молчаливого или прямо выраженного договора между сувереном и его живыми подданными о передаче ему совокупной воли последних... Кто же, таким образом, наделен правом толковать законы? Суверен, как хранитель совокупной воли подданных, или судья, обязанность которого заключается единственно в том, чтобы выяснять, противоречат ли поступки, совершаемые тем или иным человеком, закону или нет? По поводу всякого преступления судья должен построить правильный силлогизм, в котором большей посылкой служит общий закон, а малой — конкретный поступок, противоречащий или соответствующий закону; заключение — оправдание или наказание. Если же судья по принуждению или по собственной воле построит не один, а два силлогизма, то тем самым он откроет лазейку неопределенности. Нет ничего опаснее банальной

¹ См.: *Montesquieu*. *Esprit des loix*. XI ch. VI. P. 149, 194.

² Речь идет о так называемом юридическом силлогизме или «силлогизме толкования». См. об этом подробнее: *Kelsen H.* *Reine Rechtslehre*. Verlag Franz Deuticke Wien. 1960; *Иешетдт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена // Российский ежегодник теории права. СПб., 2012; *Гаджиев Г. А.* Методологические проблемы «прецедентной революции» в России // *Журнал конституционного правосудия*. 2013. № 4 (34). С. 5–8.

истины, предписывающей руководствоваться духом закона, что является иллюзорной преградой на пути потока мнений»¹.

По справедливому замечанию П. И. Люблинского подобные взгляды на проблему понятия и возможности судебного толкования права по сути своей сформировали концепцию приоритета буквального толкования закона². При господстве подобной теории единственным возможным вариантом разрешения возникающих правоприменительных проблем стало обращение судей к законодателю с целью получения аутентичного толкования подлежащих применению нормативных положений.

Очевидно, что в контексте рассматриваемой темы буквального толкования следовало бы рассматривать в качестве основного инструмента, обеспечивающего стабильность права, поскольку, как уже было сказано, именно буквальное толкование судом законоположения обеспечивает непосредственную трансляцию политической воли законодателя на реальные общественные отношения. Однако, как представляется, подобная постановка вопроса является небесспорной, поскольку при доминировании буквального толкования фактически происходит отождествление категорий «право» и «закон», а также стабильность правового регулирования общественных отношений ставится в однозначную, ничем иным не обусловленную зависимость от политической воли законодателя (зачастую крайне слабо ограниченной).

Отчасти по этой причине приоритет буквального толкования права имел место до тех пор, пока законодательная власть быстро откликнулась на запросы судебной практики, что само по себе едва ли можно обозначить стабильным состоянием. Возникновение парламентаризма, как основополагающего для демократических стран режима управления государством, сопряженного с громоздкой и медленной парламентскую процедуру, фактически разрушила модель суда как пассивного выразителя воли закона. Кроме того, расширение законодательных функций парламента повлекло неизбежный рост законодательного массива, что в свою очередь обозначило проблемы несовершенства законодательной техники и использования неоднозначных формулировок³.

Подобная критика предопределила поворот исследовательского вектора на категорию «духа закона»⁴, которая фактически давала суду

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В. С. Овчинского. М.: ИНФРА-М. 2004. С. 74–76.

² См.: Люблинский П. И. Указ. соч. С. 99–102.

³ См., например: Pufendorf S. Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte Franckfurt a. M.: Knochen / Wächter. 2009; Cohen H. The spirit of our laws. Cambridge, W. Heffner. 1906

⁴ По мнению Эрлиха (Ehrlich E. Montesquieu and sociological jurisprudence // Harvard Law Review. April. 1915.), использование понятия «дух закона» в названии

возможность выходить за пределы буквального содержания интерпретируемого правового акта. Между тем и в данной концепции не наблюдалось теоретического единообразия. Так, в частности, В. Блэкстон отождествлял «дух» закона и волю законодателя, принявшего его¹. К. Биндинг же, напротив, критикует подобный взгляд², цитируя слова Х. Толя: «С моментом опубликования закона, с моментом категорического заявления о том, что является законом, а, следовательно, и правом — в один миг исчезает весь фундамент намерений и желаний духовного творца закона, а также самого законодателя: в дальнейшем весь закон покоится только на себе самом, держится своей силой и тяжестью, исполнен только своим собственным смыслом; часто умнее, часто неразумнее своего творца, часто богаче, чаще беднее его мыслей, часто счастливее в выражениях, чем тот, а в тех или иных местах, где автор закона установил какое-либо положение для устранения недоразумений, он внезапно обнаруживает печальные новые несогласия с остальными частями нормы»³. Подобные рассуждения представляются вполне справедливыми, так как закон, будучи нормативным регулятором поведения, должен представлять собой объективированную волю законодателя (*objektivierte Wille des Gesetzgebers*), свободную от субъективной специфики процесса его принятия⁴. В противном случае легитимность данного закона может быть поставлена под сомнение вновь избранным законодательным органом по причине того,

своего произведения Ш. Л. Монтескье обусловлено его социологическим пониманием, т.е. как освещение принципов законодательства с точки зрения их связи с физическими и политическими факторами государства.

¹ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. (1765–1769). V. I. P. 61. // URL: <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/> (ссылка действительна на момент обращения: 06.08.2014)

² См.: Binding K. Handbuch des Strafrechts: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft / hrsg. von Karl Binding. Duncker & Humblot, 1885. S. 450–474.

³ Thol H. Einleitung in das deutsche Privatrecht. Kessinger Publishing Company. 2010. S. 150.

⁴ Актуальность и обоснованность данного подхода подтверждается, в том числе, конкретными судебными решениями. Так, Федеральный конституционный суд ФРГ сформулировал в качестве универсальной позиции вывод о том, что мерой толкования законодательных предписаний является исключительно выраженная в последних «объективированная воля законодателя». Последняя, в свою очередь, должна быть выведена правоприменителем из буквального смысла законодательных понятий (терминов) и смысла контекста, в котором они (понятия) находятся («Maßgebend fuer die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist» // BVerfGE 1, 299 312, st. Rspr, vgl. noch BVerfGE 62, 1 45). О важности установления объективной воли законодателя не раз говорил и Конституционный Суд Российской Федерации (см.: постановления от 20 июля 1999 года № 12-П; от 5 июля 2001 года № 11-П; от 23 апреля 2004 года № 8-П; от 14 февраля 2013 года № 4-П и другие)

что его воля в данном нормативном акте объективно не могла быть выражена, а потому должна быть пересмотрена. Очевидно, что при таком подходе говорить о стабильности правопорядка и права как социального регулятора также не приходится, поскольку как и в случае с буквальным толкованием интерпретация законов исключительно на основе субъективной воли конкретных правотворцев не может обеспечить последовательное и стабильное регулирование, свободное от сиюминутных политических интересов.

Системное оформление данные воззрения получили в работе Ф. К. Савиньи¹, который на основе анализа приведенных позиций сформулировал 4 способа (метода) доктринального толкования: грамматическое, логическое, историческое и систематическое. Таким образом, была предпринята попытка унифицировать понятие толкования с выделением конкретных специфических черт, характерных для того или иного исторического периода. И если для описываемой ранее эпохе Ш. Л. Монтескье преобладающим (вернее сказать, единственно возможным) считалось грамматическое толкование², целью которого было лишь уяснение слов законодателя, то в рассматриваемый период акцент в толковании заметно сместился в сторону исторического, а затем и системного толкования с ориентиром на содержательный, а не формально-грамматический анализ нормы. Но и подобные размышления с течением времени нашли своих противников. Основанная критика сводилась, к следующим идеям. Во-первых, именуемые толкованием грамматический и логический способы сами по себе таковыми не являются, так как в процессе уяснения содержания нормы мы исследуем лишь законодательный текст, но не волю автора. Эта деятельность предшествует толкованию и критической оценке закона³. Во-вторых, системный подход к толкованию основывается на важных юридических презумпциях, таких как логическое единство правового материала и отсутствие пробелов в праве⁴. На практике же мы зачастую

¹ Savigny F. K. System des heutigen roemischen Rechts. Bd. 1. Berlin. 1840. S. 213–215.

² Сюда с определенной долей условности нужно включить и понимаемое в значении, придаваемом Савиньи, логическое толкование, так как, пожалуй, вряд ли возможно применять текст, уясняя лишь отдельно взятые слова вне их контекстуальных связей в структуре нормы.

³ См., например: Binding K. Op. cit.. S. 458; Bruett L. Die Kunst Der Rechtsanwendung; Zugleich Ein Beitrag Zur Methodenlehre Der Geisteswissenschaften. BiblioBazaar, 2010. S. 49; Rumpf M. Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung. Berlin, O. Liebmann. 1906. S. 137.

⁴ Вопрос о существовании пробелов в праве является одной из важных юридических презумпций, определяющих подход к толкованию нормативных актов. Так, констатируя беспробельность права, мы неизбежно приходим к выводу об отсутствии правотворческой функции толкования, ибо сам правопорядок уже имманентно содержит в себе норму, которая лишь выводится путем логических при-

сталкиваемся с обратной ситуацией, когда положения различных законов, регулирующих комплексное правоотношение не просто лишены логики, но и заведомо противоречат друг другу¹. Именно подобные проблемы способствовали дальнейшему развитию учения о толковании права.

Существенный вклад в развитие идей об особой роли судебных органов в процессе толкования правовых актов внесли отечественные цивилисты², основные подходы которых сводились к стремлению ограничить монополию законодателя на правотворчество. Суд, по мнению авторов указанного периода, должен реализовывать свой нормотворческий потенциал вместе, а зачастую и вместо законодателя. Специфика же направлений нового подхода обусловлена главным образом различным пониманием критериев судейского правотворчества («правовое чувство» О. Эрлиха; «общественное правосознание» О. Ф. Гирке; «правильное право» Р. Штамллера и другие).

Необходимо отметить, что и представленные подходы не нашли однозначного отклика в науке. Признавая существенный прогресс подобных взглядов, ученые справедливо отмечают и чрезмерный субъективизм, который предоставляется судьям при осуществлении правоприменительной деятельности, и отсутствие четких теоретических конструкций, позволяющих структурировать и универсализировать

емов. По данному вопросу в отечественно науке до сих пор не существует единого подхода. См.: Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения: Материалы международной научной конференции. Юридический факультет МГУ имени М. В. Ломоносова. Москва, 28–31 марта 2007 года / под ред. проф. С. А. Авакьяна. М.: Изд-во Моск. ун-та, 2008.

¹ В качестве примера можно привести ситуацию, ставшую предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации. Так, в Постановлении от 17 июня 2014 года № 18-П Конституционный Суд отметил, что оспариваемые заявителем законоположения свидетельствуют о том, что до настоящего времени в правовом регулировании порядка приобретения и хранения оружия, имеющего культурную ценность, в том числе старинного (антикварного) холодного оружия, имеет место рассогласованность и, соответственно, сохраняется неопределенность в правилах его продажи гражданами. Отсутствие специальной правовой регламентации порядка продажи такого оружия, при том что оно допущено в гражданский оборот нормативными правовыми актами, регламентирующими не только сохранение культурного наследия, но и оборот оружия, приводит к необходимости выбора в конкретной правоприменительной ситуации между общими нормами различной отраслевой природы, одни из которых не учитывают возможную опасность этого оружия для жизни и здоровья людей, а другие — его культурную (историческую) значимость (абзац четвертый пункта 3.3. мотивировочной части).

² См., например: *Муромцев С. А.* Суд и закон в гражданском праве. // Юридический Вестник, 1880, № 11; *Завадский А. В.* К учению о толковании гражданских законов: Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе. Казань. 1916; *Васковский Е. В.* Указ. соч. и др.

процесс судейского правотворчества, установив тем самым необходимые пределы и ограничения подобной деятельности.

Несмотря на множественность научных подходов к определению роли судебных органов в процессе осуществления толкования нормативных актов и специфические взгляды ученых на саму проблему толкования, необходимым представляется выявление наиболее общих содержательных характеристик данного правового явления.

В современной литературе существуют многочисленные подходы к определению понятия и содержания толкования как правовой категории. Одни авторы понимают под толкованием составной элемент правоприменительной деятельности, имеющий своей целью «установление предметной значимости правовой нормы, то есть истолкование ее в качестве юридического основания для разрешения конкретных случаев общественной жизни»¹. С точки зрения других, «задача толкования юридической нормы заключается в раскрытии «социальной цели закона (*ratio legis*)», смысла нормы, насколько он выразился в ее тексте»². Целью такого толкования является полное исключение судейского правотворчества. Третьи же рассматривают толкование как своеобразный инструмент восполнения законодательных пробелов интерпретатором (правоприменителем)³. По мнению Р. Салейля, лучшая интерпретация законов «есть такая, которая лучше всего приспособливает их к социальным потребностям настоящего момента. ...Судья должен уметь приспособить каждый закон к существующим социальным потребностям»⁴. Как представляется именно этот подход, как ни парадоксально, в большей степени обеспечивает стабильность права как базового регулятора общественных отношений.

Нет единого подхода и к определению самой категории толкования. Так, по мнению Е. В. Васьковского, под толкованием (интерпретацией) следует понимать «совокупность приемов, применяемых к произведениям человеческого духа целью понять их»⁵. Приводя подобную формулировку, автор справедливо обращается к общепризнанным философским рассуждениям немецких ученых. Так, в частности, приводится определение В. Вундта, согласно которому «под интерпретацией мы понимаем в общем смысле воплощение методов, благодаря которым мы обретаем понимание умственных (духовных) процессов

¹ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М.: Госюриздат, 1960. С. 325–326.

² См., например: Михайловский И. В. Очерки философии права. Томск, 1914. С. 412–430; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995. С. 306–309.

³ См., например: Салейль Р. Французский гражданский кодекс и исторический метод. — СПб.: Сенатская Типография, 1905. С. 15–17.; Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 83–87.

⁴ См.: Салейль Р. Указ. соч. С. 16.

⁵ См.: Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 80.

и творений»¹. Х. Штайнталь приводит следующую дефиницию: «Путь к пониманию, или процедуру (операцию), посредством которой такое понимание достигается, мы называем интерпретацией или уяснением (Deutung)»².

Из приведенных определений с очевидностью проистекает вывод, что толкование является процессом *понимания (уяснения)* содержания какого-либо процесса или явления, выраженного в символической форме. Подобного мнения придерживается и П. Рикер, определяя интерпретацию как «работу мышления, которая состоит в расшифровке смысла, стоящего за очевидным смыслом, в раскрытии уровней значения, заключенных в буквальном значении...»³.

Между тем, данное понимание процесса толкования представляется не полным. При таком подходе толкование заканчивается в момент осознания интерпретатором смысла (смыслов) толкуемого текста⁴. При этом, за пределами деятельности остается разъяснительный процесс, который является неотъемлемой частью понимания. Действительно, в процессе «расшифровки» смысла текста, интерпретатор совершает несколько последовательных действий: 1) уясняет буквальный смысл текста в тех знаковых выражениях, в которых он сформулирован; 2) трансформирует уясненный текст в воспринимаемый формат в соответствии с определенными правилами и законами (разъясняет текст). Другими словами, в процессе толкования происходит своеобразная адаптация текста с использованием перевода его в новую знаковую систему. Таким образом, разъяснение также является важным элементом единого процесса толкования, который может как обладать, так и не обладать вербальным выражением⁵.

¹ *Wundt W. M. Logik. Eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden Wissenschaftlicher Forschung. Band 2. Logik der exakten Wissenschaften, 4. Auflage. Ferdinand Enke, Stuttgart 1920. S. 82: "Als Interpretation bezeichnen wir allgemein den Inbegriff der Methoden, die uns ein Verstaendniss geistiger Vorgaenge und geistiger Schoepfungen verschaffen sollen".* Цит. по: *Васьковский Е. В.* Указ соч. С. 80

² *Steinthal H. Die Arten und Formen der Interpretation (Verhandlungen der 32. Versammlung deutscher Philologen und Schulmaenner, 1878): "Den Weg zum Verstaendniss, oder die Operation, durch welche das Verstaendniss erwirkt wird, nennen wir Interpretation oder Deutung".* Цит. по: *Васьковский Е. В.* Указ соч. С. 80

³ *Рикер П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике / Пер. с фр. и вступит. ст. И. Вдовиной. М.: «КАНОН-пресс-Ц»; «Кучково поле», 2002. С. 44.

⁴ Под «текстом» в данном случае понимается объединенная смысловой связью последовательность знаковых единиц, основными свойствами которой являются связность и целостность (Лингвистический энциклопедический словарь / гл. редактор В. Н. Ярцева. М., 1990. С. 507)

⁵ Аргументом в пользу подобного подхода является устоявшийся подход определенной части научного сообщества (в частности, *Хабриева Т. Я.* Указ соч. С. 24–25 и другие), а также содержание нормативно-правовой базы. Наиболее ярким примером может служить толкование Конституционным Судом Российской Федерации положений

Данные рассуждения справедливы и для частного случая — толкования права. Так, по мнению А. Ф. Черданцева, толкование правовой нормы предполагает уяснение, раскрытие ее смысла, а результатом толкования являются новые знания о норме права, причем такие, которые с необходимостью следуют из толкуемого законодательного предписания¹. Подобную позицию высказывает и Председатель Конституционного Суда Румынии И. Вида: «Толкование правовой нормы является интеллектуальным действием, обусловленным необходимостью применения правовой нормы в конкретном случае. Цель данного действия состоит в раскрытии полного смысла текста закона и определении сферы его применения...»².

Таким образом, в процессе толкования происходит усвоение исследуемых текстов интерпретатором и после их ретрансляция (внутренняя или внешняя). При этом становится очевидным, что процесс «усвоения» обусловлен множеством субъективных факторов, начиная от психоэмоциональных особенностей и уровня правовой культуры интерпретатора, и заканчивая его принадлежностью к той или иной школе правопонимания. Таким образом, в случае «нейтрального»³ толкования правовых норм может быть выведено несколько смыслов, отличных друг от друга⁴. Подобный вывод представляется справедливым, так как отражает специфику толкования права в целом⁵.

Конституции Российской Федерации. Осуществляя данную функцию, Суд не просто приходит к выводу о том, что он «понял» конституционные положения и уяснил их, а излагает собственные выводы и их аргументацию в особой форме, выраженной вовне.

¹ См.: Черданцев А. Ф. Вопросы толкования советского права. Свердловск, 1972. С. 42–43.

² Вида И. Юридическая сила толкования Конституции // Конституционное правосудие. 2005. № 2. С. 19.

³ В данном случае речь идет о толковании с использованием лишь так называемых семантических приемов (или о словесном толковании в понимании Е. В. Васьяковского). См. подробнее: Васьяковский Е. В. Указ. соч. С. 98–142.

⁴ В связи с этим справедливым представляется мнение П. Рикера: «Интерпретация имеет место там, где есть многосложный смысл, и именно в интерпретации обнаруживается множественность смыслов» (Указ. соч. С. 44). Подобного мнения придерживается и Г. Кельзен, утверждая, что результатом толкования в конечном итоге может быть только установление границ интерпретируемого правила и нескольких возможных вариантов его применения, не выходящих за пределы нормы. Следовательно, толкование законов не обязательно должно приводить к единственно возможному разрешению правовой ситуации (*Kelsen H.* Op. cit. S. 349–350). Это же отмечает и Е. В. Васьяковский: «... толкование норм, в отличие от толкования других литературных произведений, не может останавливаться на определении прямого, непосредственного смысла норм, а должно обнаруживать еще и скрытое их содержание» (*Васьяковский Е. В.* Указ. соч. С. 88–89)

⁵ Речь, прежде всего, идет о том, что подобная идея является общей как для официального, так и для доктринального толкования. Если в первом случае подтверждением может служить различная судебная практика, основанная на одних и тех же по-

Данная теоретическая конструкция нашла свое отражение и в практике Федерального конституционного суда ФРГ, который отмечал, что спецификой толкования права (и в особенности — конституционного права) является существование определенного дискурса, в ходе которого не предлагается конкретного бесспорного вывода, даже на основе юридически выверенной методологии. Результатом подобного толкования, по мнению Федерального конституционного суда, является наиболее аргументированная позиция стороны, выбранная судом¹.

Между тем, для судебного толкования правовых актов множественность смыслов интерпретируемой нормы является недопустимой, поскольку целью суда является разрешение конкретного дела путем применения истолкованной нормы. В случае если сводить толкование исключительно к раскрытию и уяснению непосредственного смысла норм, суд может оказаться в весьма затруднительном положении, обусловленном отсутствием конкретной нормы, регулирующей спорные правоотношения. Справедливость данного утверждения состоит в том, что нормативные правовые акты, в силу своего абстрактного характера, не могут обеспечить регулирование всего комплекса общественных отношений. Таким образом, возникает объективная необходимость в поиске скрытых смыслов норм либо формулирования собственного смысла, исходя из системного анализа нормативных положений.

В связи с этим, правовая теория и практика разработали многочисленные приемы, призванные снимать существующую проблему выбора того или иного смысла в процессе судебного правоприменения. К такого рода средствам относятся, прежде всего, судебское усмотрение, разъяснение практики применения нормы высшими судебными инстанциями, институт конституционного контроля и конституционной жалобы и др. Между тем, процесс выбора зачастую лишен объективированной формы, что и создает немало проблем в правоприменительной практике. Более того, именно этот подход ставит серьезные вопросы о стабильности права, фактически в значительной степени произвольно создаваемого судами. Кроме того, существенным остается соотношение подобного волюнтаризма со стороны суда и соблюдения принципа правовой определенности, согласно которому лицо, в отношении которого применяется (или должна применяться) та или иная норма должно с определенной долей вероятности предполагать наступление конкретных правовых последствий.

При такой постановке вопроса необходимо отметить, что предлагаемое ранее общее определение толкование права приобретает специфические черты, обусловленные спецификой судебного право-

ложениях закона, то существование многочисленных научных воззрений на содержание одной и той же нормы вовсе не вызывает сомнений.

¹ 1990. BVerfGE 413/88 и др.

применения. Прежде всего, речь идет об однозначности результата судебного толкования. Наиболее предпочтительной в связи с этим представляется точка зрения, согласно которой под *толкованием права* следует *понимать сложный волевой процесс, направленный на установление точного смысла, содержащегося в норме права, и обеспечивающий возможность ее применения*, поскольку толкование правовой нормы, в отличие от толкования других творческих произведений, не может осуществляться исключительно ради толкования. Конечным результатом данного процесса должно стать применение интерпретируемой нормы в конкретном правоотношении (или потенциальная возможность такого применения). Правовая определенность и ограничение судейского активизма могут быть обеспечены посредством выработки соответствующей методики толкования, которая позволит унифицировать процесс правоприменительного толкования, а также установления специальных правовых процедур, формализующих процесс контроля за соблюдением этой методики.

Между тем, как уже отмечалось, сформулированный Конституционным Судом Российской Федерации принцип правовой определенности предполагает, что результат толкования должен быть не просто однозначным, но и предсказуемым, а также единообразным для всех правоприменителей¹. Достижение данных показателей судебного толкования может быть осуществлено посредством установления подлинного и единственно верного смысла интерпретируемой нормы (нормативистский подход) или же посредством выбора судом конкретного смысла нормы из ее интерпретационного поля при наличии возможности судебного контроля данного выбора (реалистический подход)².

¹ Как отмечает Н. С. Бондарь, принцип правовой определенности имеет не только доктринальное, но и нормативное содержание. И на основании практики судов (в том числе и Европейского Суда по правам человека) он указывает, что «в нормативном содержании данного принципа возможно выделить, по крайней мере три элемента: 1) требования непротиворечивости, точной определенности содержания самой правовой нормы; 2) требования единообразного толкования правовой нормы; 3) требования единообразного применения правовой нормы» (Бондарь Н. С. Правовая определенность — универсальный принцип конституционного контроля (Практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. 2011, № 10. С. 8)

² Следует отметить, что в немецкой теории толкования права иногда речь идет о схожей классификации. Помимо онтологического критерия (существует ли объективный смысл нормы), выделяется также хронологический. Так необходимо уяснить, в каком историческом контексте осуществлять толкование нормы: в реалиях законодателя или интерпретатора. В этой связи выделяются 4 комбинации (укажем их условные названия): 1) объективно-исторический подход (objektiv-entstehungszeitlich); 2) субъективно-исторический подход (subjektiv-entstehungszeitlich); 3) объективно-реалистический подход (objektiv-auslegungszeitlich); 4) субъективно-реалистический подход (subjektiv-auslegungszeitlich) (См., например: Kent D. Die Sprache des Rechts. Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts

Стоит отметить, что предпосылки формирования исследуемых взглядов возникли уже на этапе зарождения западноевропейского позитивизма: так называемые «юриспруденция понятий» и «юриспруденция интересов» заложили определенный методологический фундамент в конструкцию исследуемых подходов к судебному толкованию права. Не вдаваясь подробно в существенные различия данный теоретических подходов, отметим лишь, что с развитием юриспруденции интересов, возникает своеобразная идеологическая противоположность юридическому позитивизму в виде школы «свободного права». По мнению представителя данного подхода Е. Эрлиха, право содержится не в текстах законодательства и судебных решений, а в самом обществе. Истинным правом, которым должно руководствоваться правосудие, может быть лишь то, что становится «живой нормой», а не неподвижные застывшие предписания кодифицированного права и других источников права государственного происхождения¹. По мнению Эрлиха, юриспруденция понятий способна лишь находить в праве фикции под названием «воля законодателя» путем различных логических приемов толкования закона и в этом смысле не дает адекватного универсального метода для разрешения судьей правовых ситуаций. Судья в данной ситуации подчинен закону «лишь постольку, поскольку он не интерпретирует»². Таким образом, Е. Эрлих констатирует, что в процессе правоприменения, согласно концепции «свободного права» происходит лишь нахождение права, а не логическое его выведение из существующих текстов права позитивного.

Подобные взгляды в их развитии, а также воздействие «внешних» научных школ (американский реализм Р. Паунда, скандинавский нормативизм А. Росса) сформировали наиболее влиятельные на сегодняшний день школы правового реализма (М. Тропер) и посткельзеновского нормативизма (О. Пферсманн). Следует отметить, что при имеющихся различиях в подходе к теории толкования, данные школы

der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Band 1: Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht. Walter de Gruyter, Berlin 2004). Между тем, практически применимыми, по сути, являются лишь 2 и 3 подходы, на которых, собственно, и основаны соответствующие теории толкования: субъективная («теория воли»; Willentheorie), в основе которой лежит раскрытие историко-психологической воли законодателя, и объективная («теория внутреннего смысла закона»; Theorie der immanenten Gesetzesdeutung), согласно которой необходимо выяснить объективный смысл нормативного акта (см., например: *Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1960; *Engisch K. Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 11. Aufl. 2010, Kap. V, S. 160 ff; *Zipellius R. Juristische Methodenlehre*. 11. Auflage, Beck, München 2012, § 4 II, III).

¹ Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Muenchen Leipzig, 1913. S.33, 399.

² Цит. по: Ярославцев В. Г. *Нравственное правосудие и судейское правотворчество*. М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. С. 250.

основываются на базовых понятиях и категориях чистой теории права, выработанной Г. Кельзеном.

Основополагающим тезисом для разграничения исследуемых подходов является утверждение о том, имеется ли у толкуемой правовой нормы некий собственный объективный смысл, оторванный от «личности» законодателя. В ответе на данный вопрос наиболее аргументированной и справедливой представляется позиция О. Пферсмманна. Отталкиваясь от гипотезы М. Тропера о том, что никакого объективного смысла нормы вне связи с законодателем не существует, логически выводятся две возможные вариации: 1) смысл нормы все-таки существует, но только в единстве с волей и толковательными способностями конкретного законодателя¹; 2) объективный смысл нормы не существует в принципе. И если первый вариант отрицается уже самим М. Тропером², то критика второго варианта представляется еще более очевидной. Так, признавая отсутствие в норме объективного смысла, можно прийти к парадоксальному выводу о том, что законодательная власть утрачивает свое значение, ибо принимаемые ей нормы являются ничем иным как бессмысленным текстом, значение которому придается исключительно в зависимости от субъективного восприятия действительности правоприменительным органом. Кроме того, существующая правовая система также представляется бессмысленным набором формулировок, которые могут произвольно толковаться правоприменителем в зависимости от меняющейся политической обстановки и т.п. Таким образом, необходимо констатировать существование объективного смысла нормы. Развивая данную мысль, следует отметить, что законодатель в процессе правотворчества должен стараться сформулировать текстуальную формулу нормы наиболее близко к ее объективному смыслу. Между тем, учитывая позицию М. Хайдеггера, согласно которой слова не могут в полной мере выразить содержание толкуемого ими объекта, следует представлять норму права в виде определенной идеи, выражение которой содержится в текстуальной формулировке закона. Таким образом, объективный

¹ Подобный подход изначально содержит логическое противоречие, обуславливая наличие объективного смысла субъективным фактором (наличием конкретного законодателя).

² Среди прочих аргументов, М. Тропер утверждает, что определение замысла законодателя крайне неэффективно в процессе правоприменения, так как имеют место случаи «расщепленного законодателя» (формирует волю один субъект, а формализует — другой), а также в данном случае неразрешенной остается проблема пробелов в праве, когда замысел законодателя мог не охватывать проблему, которые возникли на практике и должны быть разрешены судом в рамках конкретного дела (подробнее см.: *Тропер М.* Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. М.: Институт права и публичной политики, 2006, № 1 (54). С. 137–138).

смысл нормы будет выражен не в качестве конкретной формулировки, а будет как бы растворен в совокупности интерпретаций буквально-го содержания нормы, образующей интерпретационное поле¹. Само же буквальное толкование нормы (а, точнее, ее конкретная формулировка) будет образовывать своеобразное ядро этого поля. Изменчивость содержания, таким образом, будет связана с изменением границ интерпретационного поля в сторону сужения или расширения. Подобный подход позволяет также охватывать ситуации, при которых все интерпретационное поле представлено единственно возможным вариантом толкования нормы. Такая ситуация имеет место при толковании «технических норм», лишенных абстрактных дефиниций.

В случае же, когда интерпретационное поле содержит более одного значения нормы, суду необходимо выбрать то или иное значение интерпретируемой нормы и обосновать собственный выбор. Действительно, если предположить, что существует некий единственно возможный объективный смысл нормы, отделенный от своего субъекта-создателя, то вывод о том, что его можно постичь путем логических приемов и методов, неоспорим². В таком случае, потенциально возможна ситуация, при которой законодатель может самостоятельно сформулировать объективный смысл нормы, исключив, таким образом, любую возможность иного ее истолкования в будущем. Результатом подобного развития событий станет либо тотальная зарегулированность общественных отношений, что невозможно с учетом их специфики, либо объективный смысл будет выражен крайне абстрактной формулой, содержание которой, в свою очередь потребует истолкования, что представляется невозможным с учетом требований формальной логики.

Безусловно, решение возникшей проблемы следует искать в судебном усмотрении. Размышляя о природе толкования, Г. Кельзен отмечал, что лежащее в основе традиционной теории интерпретации представление об отсутствии полной определенности подлежащего применению правового акта, которая может быть восполнена в процессе познания существующего права, является крайне противоре-

¹ Данный подход косвенно подтверждается позициями некоторых судей Конституционного Суда Российской Федерации, выраженными в мнениях (см., например: Особое мнение судьи Г. А. Галжиева по Определению от 3 февраля 2010 года № 149-О-О // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс: Версия Проф» (дата обращения: 07.09.2015); Особое мнение судьи Б. С. Эбзеева по Постановлению от 12 апреля 1995 года № 2-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 2–3, 1995; Мнение судьи В. И. Олейника по мотивировке Постановления от 23 марта 1995 года № 1-П // Вестник Конституционного Суда РФ, № 2–3, 1995).

² См. подробнее: *Пферсмман О.* Ономастический софизм: изменение вместо познания. Интерпретация Конституции // Сравнительное Конституционное Обозрение. 2012. № 4(89). С. 92–114.

чивой и ставит под сомнение саму возможность интерпретации¹. Вопрос о том, какой из результатов истолкования применяемой нормы является «верным», не является вопросом познания в смысле позитивного права. По мнению Г. Кельзена, решение кроется не в теории права, а в правовой политике. Исходя из этого, автор констатирует, что выведение единственно верного правоприменительного акта из содержания закона лишь на основе толкования позитивного права невозможно, так же как невозможно извлечь закон путем толкования конституции. Таким образом, в процессе судебного правоприменения познавательная деятельность может выходить далеко за рамки позитивного права и вторгаться в иные сферы: мораль, справедливость, понятие «публичного интереса» и так далее. Подводя итог своим рассуждениям, Г. Кельзен делает вполне обоснованный вывод о том, что в процессе применения права основанная на познании интерпретация неразрывно связана с *актом волеизъявления*, в котором правоприменительный орган делает выбор между полученными в процессе познания позитивного права интерпретационными возможностями. В результате этого акта волеизъявления либо формулируется норма более низкого порядка, либо исполняется установленное законом требование².

Реализуя свое право на усмотрение, суд ограничен определенными содержательными рамками толкуемой нормы и не может выйти за их пределы. Между тем, и в данной ситуации остается место для критики. В частности, необходимо отметить, что интерпретационное поле нормы может быть достаточно объемным и содержать значительное количество вариантов толкования. При таком подходе проблема реализации принципа правовой определенности вряд ли представляется разрешенной. Кроме того, отсутствие единого объективного смысла нормы, порождает и проблемы отсутствия объективных способов выбора того или иного варианта толкования в пределах интерпретационного поля. Необходимо отметить, что в процессе выбора неизбежно возникает проблема соотношения вариантов толкования. При этом отсутствие объективной процедуры выбора обуславливает необхо-

¹ “Der traditionellen Interpretationstheorie zugrunde liegende Vorstellung, dass die von der anzuwendenden Rechtsnorm nicht geleistete Bestimmung des zu setzenden Rechtsaktes durch irgendeine Art Erkenntnis des schon vorhandenen Rechts gewonnen werden koenne, ist eine widerspruchsvolle, weil gegen die Voraussetzung der Moeglichkeit einer Interpretation verstossende Selbsttaeuschung” (*Kelsen H. Op. cit. S 350.*)

² «In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismaessige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismaessige Interpretation aufgezogenen Moeglichkeiten. Mit diesem Akt wird entweder eine Norm niederer Stufe erzeugt oder ein in der anzuwendenden Rechtsnorm statuerter Zwangsakt vollstreckt» (*Kelsen H. Op. cit. S. 351*)

димось разработки соответствующих механизмов оценки подобной деятельности правоприменителя.

Представляется, что именно такой взгляд на судебное толкование позволяет в полной мере оценить влияние данного правового явления на стабильность в праве. Действительно, как уже отмечалось ранее, с одной стороны, приводимое в качестве примера судебское усмотрение в значительной степени снижает предсказуемость наступления правовых последствий, а потому едва ли может считаться стабильным. С другой стороны, подобное полномочия судебных органов позволяет сохранять формальную неизменность правового регулирования, то есть уточнять содержательное наполнение законоположения в связи с развитием общественных отношений. При этом содержательная стабильность обеспечивается целым комплексом дополнительных гарантий (прежде всего, конституционных), не позволяющих суду произвольно реализовывать обозначенное полномочие. Прежде всего, стоит отметить тот факт, что в демократических правовых порядках ординарный суд лишен возможности создавать новое регулирование в процессе толкования нормы, что фактически в контексте исследуемой проблемы означает применение (формулирование) судом одного из находящихся в пределах интерпретационного поля (а следовательно, допустимых) смысла интерпретируемой нормы. При этом сам факт корректности выбора данного варианта толкования обеспечивается конституционно обеспеченной процедурой судебного контроля (в том числе — пересмотра ранее вынесенных решений). Более того, завершающим этапом данного контроля, а кроме того и самостоятельной конституционной гарантией, следует считать и возможность обобщения и унификации практики высшей судебной инстанцией, что по сути формализует на высшем судебном уровне единообразное (а значит и стабильное) регулирование тех или иных отношений при неизменной формулировке интерпретируемого законоположения.

Наконец, отдельного внимания в контексте рассматриваемой проблемы заслуживает толкование, осуществляемое в процессе конституционного контроля. С учетом обозначенных выше подходов может сформироваться представление о том, что конституционный суд, принимая на себя право выявления объективной воли законоположения, фактически приобретает неограниченную возможность формировать действующее право в обход законодателя. Однако, такая точка зрения представляется не вполне обоснованной. Прежде всего, нельзя забывать о том, что конституционный суд действует исключительно в рамках, очерченных Конституцией, а потому осуществляя интерпретацию анализируемых нормативных положений, конституционный суд лишь обозначает конституционно допустимые варианты толкования для ординарных правоприменителей, не вторгаясь по существу в сферу компетенции законодателя. Фактически Конституционный Суд скорее

ограничивает множество допустимых смыслов применяемой нормы, выраженных законодателем в текстуальной форме. Кроме того, нельзя не отметить, что подобная деятельность в значительной степени опирается на базовые конституционные принципы, что в свою очередь повышает степень предсказуемости и определенности выносимых Конституционным Судом решений. Наконец, стабильность подобного толкования, а значит и самого правового регулирования обуславливается и тем, что Конституционный Суд связывает собственными позициями не только самого себя¹, но и законодателя, поскольку вынесение судом решения фактически исключает повторное принятие законодателем аналогичного законоположения.

Таким образом можно констатировать, что судебное толкование в настоящее время следует рассматривать как основной инструмент формирования реально применимого права, поскольку именно в процессе судебного толкования абстрактные нормативные положения применяются к реальным общественным отношениям. При этом именно суду (судье) отведена основная роль в определении соответствия абстрактной нормативной модели реальному состоянию отношений, а потому именно судья может фактически уточнять характеристики указанной модели, приспособляя ее к конкретным общественным отношениям, требующим разрешения. Несмотря на столь активную позицию суда в вопросах формирования реального правопорядка, именно суд в силу своего конституционно-правового предназначения способен обеспечить реальную стабильность правопорядка, прежде всего через специальную систему конституционных принципов и специализированных институциональных гарантий, являющихся неотъемлемой частью демократического правопорядка.

¹ В странах европейской модели конституционного контроля конституционный суд как правило наделен правом вынесения судебных решений, не подлежащих пересмотру, в том числе и самим судом. С определенными оговорками данное утверждение справедливо и для американской модели конституционного контроля.

Мурсалимов Камиль Рамильевич

*доцент кафедры экономических и финансовых исследований
Высшей школы государственного аудита (факультета)
МГУ имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Государство в условиях глобализации мирового сообщества

Глобализация традиционно понимается как процесс создания единого экономического пространства на пути перехода общества из постиндустриальной в информационную сферу. Доминирующую роль в этом пространстве играют межгосударственные организации, в частности в экономическом, и во многом, в политическом плане, наиболее влиятельными представляются транснациональные корпорации (далее — ТНК) и мировые финансовые средства. Поэтому, прежде всего исторические истоки глобализации следует рассматривать как процесс становления и развития ТНК, как основного субъекта глобализации вследствие серьезного влияния оказываемого этими организациями на экономику и другие сферы социальной жизни.

Становление ТНК следует отнести к 60–70-м годам прошлого столетия, в связи с появлением монетаристской модели развития государства. Перед рассмотрением этой модели и влиянием ее на формирование ТНК, необходимо рассмотреть степень вмешательства государства в экономику. В этой связи показательным является экономический кризис 1929–1930 годов, охватившей США, а позже и весь капиталистический мир. Этими странами осуществлялась политика «ночного сторожа» в экономике, т.е. политика невмешательства. В «эпоха процветания» — период развития США после Первой мировой войны, название которому дал президент Гувер. В то время, как было упомянуто выше, государство придерживалось политики невмешательства в хозяйственную жизнь, помимо издания антимонопольного законодательства и борьбы с преступлениями в данной сфере. Данная позиция государства покоилась на положениях экономистов, представления которых называются классическими. Согласно этому положению, рынок представлялся саморегулируемым, при помощи специальных механизмов спроса и предложения, получивших название «невидимая рука рынка». Данная модель развития хорошо подходила на стадии экономического благополучия, но как мы увидим позже оказалась совершенно неспособной решать циклические кризисы.

В то время США были охвачена экономическим бумом, как неожиданно грянувший кризис на Нью-Йоркской бирже по сути дела покончил с «эпохой процветания», правительство Гувера ничего не могло поделать с этим.

Пришедший к власти президент Рузвельт для оздоровления ситуации в стране предложил новую политику экономического развития, разработанную английским экономистом Джоном Кейнсом.

Новая экономическая модель существенно отличается от классической, в вопросе ограничения мер присутствия государства в экономике. Согласно теории Кейнса, государству в период кризиса необходимо снизить налоги на производителей, с целью стимулирования нанимать рабочую силу, и решать таким образом проблему безработицы. Далее государство должно увеличить финансовые вливания в социальную сферу для повышения спроса населения на выпускаемые товары. Таким образом у безработного населения появятся рабочие места, денежные активы для покупки товаров.

Кейнс предложил решение заколдованного круга циклического кризиса: в связи с упадком спроса на товары и услуги, производство становится нерентабельным, производитель не может содержать прежнее количество рабочей силы, развивается ситуация безработицы, спрос продолжает падать вследствие отсутствия у безработных средств для покупки товаров, и т.д. Кейнсианская модель явилась экономическим обоснованием концепции «социального государства».

Однако в дальнейшем данная теория стала серьезным тормозом на пути развития экономики. Эта модель предполагала постепенно, по мере того как государство справляется с кризисом, повышать экономическую ставку на крупных производителей, т.к. основным средством пополнения государственной казны оставался аппарат налогов и сборов. Финансы же были необходимы для планомерного осуществления социальной политики.

Недостаткам данной теории являлось то что она недооценивала крупных производителей как основных инвесторов различных секторов экономики. Повышая налоговые ставки, государство подрывало стимулы вкладывать деньги в эту сферу, в результате чего возникла ситуация стагнации, т.е. низкого прироста экономического благосостояния. Влияние налогов на прирост экономического богатства рассматривал Лаффер.

Выход был найден американским экономистом Фридмэном, создавшего новую теорию, в которой он обосновывал неоклассическую модель развития, в основе которой лежит принцип уменьшения налогового гнета на производителей. Согласно этому принципу, государство уменьшая налоги, способствует повышению интереса у крупных производителей и помогает им вкладывать капитал в экономику. Это направление экономической мысли получило название «монетаризм», ратовавшее за разумную степень вмешательства государства в экономическую жизнь страны.

Как можно догадаться, крупные производители благодаря данной модели развития, получили возможность неограниченного влияния

на экономику, а через нее и на политику. Крупные компании США постепенно стали проводить экономическую экспансию и в другие страны мира, в результате чего они переоформились в ТНК.

К основным признакам глобализации следует отнести следующие.

Революция в информационных технологиях. Ключевые технологии глобальной эры связаны с коммуникационными системами, сокращающими время и расстояние — телевидением, самолетами, компьютерами, Интернетом и т.д. Подобные технологии порождают стимул к гармонизации культурных ценностей: каждое коммуникационное средство несет определенную идею.

Экономическая революция. В области экономики глобализацию характеризует новая ортодоксия в отношении политики, необходимой для обеспечения экономического роста. Данный консенсус включает в себя многие элементы к примеру: плавающие обменные курсы, снижение торговых барьеров и т.д.

Развитие либеральной демократии. Новая эра подразумевает также провал коммунистической идеологии и победу либерально — демократических ценностей.

«Локализация»: политика национализма. Для глобализации характерен процесс адаптации новых технологий и идей к местным условиям: доминирует тенденция «локализации», иначе говоря, их воплощение в формах, привычных для той или иной страны.

Горизонтальные связи. Глобализация не сводится к унифицированной культуре и не исходит из единого источника. Однако все еще сохраняется большой разрыв между странами, которые выступают преимущественно генераторами глобальной культуры, в противоположность ее потребителям.

Поляризация. Раскол и неравенство — одно из следствий глобализации. Возник разрыв между странами, находящимися на переднем крае глобализации (развитые страны), и теми, которые по существу являются экономически отсталыми (развивающимися) странами, чьи экономические системы могут быть использованы в интересах более развитых стран.

Представляется важным отграничить понятия интернационализации и глобализации. Интернационализация — это постепенное взаимопроникновение технологических и культурных стандартов, которое не затрагивает государственного суверенитета. Глобализация принципиально отличается от интернационализации тем, что начинают рушиться национальные границы, подрываются основы национального суверенитета, формируется глобальная общность. Соотношение же этих процессов определяется тем, что интернационализация — историко-эволюционная подготовка глобализации, прямое и непосредственное преддверие последней, которая не могла бы возникнуть, если бы ей не предшествовали масштабные, долговременные, всеохватывающие процессы интернационализации.

Генеральной линией современного этапа глобализации является мировая диктатура стран «золотого миллиарда», обеспечение за счет остального мира их элитарного благосостояния. Следует отметить, что пропасть между промышленными и развивающимися странами увеличивается. Уже в начале восьмидесятых годов экономически развитые капиталистические страны, в которых живет всего 26% населения мира, потребляли 80% всей товарной энергии, 85% всей бумаги, 79% — стали, 86% — других металлов¹.

В настоящее время происходит рост мировой экономики, однако разрыв между развитыми странами и странами с развивающейся экономикой продолжает расти. Так, в блоге Международного валютного фонда прогнозируется, что «мировая экономика вырастет на 6,0 процента в 2021 году и на 4,9 процента в 2022 году»². Однако разрыв между развитыми странами и странами с развивающейся экономикой продолжает расти. «Перспективы роста для стран с развитой экономикой в этом году улучшились на 0,5 процентного пункта, но это компенсируется именно пересмотром в сторону понижения для стран с формирующимся рынком и развивающихся экономик, вызванным значительным понижением рейтинга для стран с формирующейся Азией. На 2022 год мы прогнозируем глобальный рост на 4,9 процента по сравнению с нашим предыдущим прогнозом в 4,4 процента. Но опять же, в основе этого лежит значительная модернизация для стран с развитой экономикой и более скромная для стран с формирующимся рынком и развивающихся экономик»³.

Во многом ведущая роль стран «золотого миллиарда» обусловлена проблемами, стоящими перед экономическими системами этих государств. В частности, как обеспечить повышение уровня занятости в рамках сохранения частной собственности? Какой должна быть цена, заплаченная за социальное спокойствие в процветающей части общества, а сегодня и процветающей части мира в лице развитых западных государств? Создание социально-ориентированной экономики, которую в ФРГ называли «социальным рыночным хозяйством», в США «государством всеобщего благосостояния», а в Швеции «шведским социализмом», казалось бы, решило эту проблему. Однако это произошло ценой постепенной потери эффективности производства, что выразилось в росте цен, снижающем конкурентоспособность за-

¹ См.: Макхиджани А. От глобального капитализма к экономической справедливости: устранение из мировой экономической системы нищеты, насилия и ухудшения окружающей среды. Новосибирск, 2000. С. 3.

² <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/07/27/world-economic-outlook-update-july-2021>

³ <https://blogs.imf.org/2021/07/27/drawing-further-apart-widening-gaps-in-the-global-recovery/>

падных стран на мировом рынке, именно поэтому в 70-е годы Запад столкнулся с новым для себя вопросом — инфляцией.

Следствием роста цен постепенно становится потеря позиций в мировом хозяйстве, а значит и падение того высочайшего уровня потребления, которого удалось добиться меньшинству экономически развитых стран. Глобальные экономические процессы начала XXI века являются первой ступенью в развитии гомогенной государственности (накопление (перераспределение) мирового капитала).

Фактически происходят изменения подобно тем, которые имели место в ходе первых буржуазных революций (Франция, Англия и др.) — и, прежде всего, высвобождение рабочей силы, то есть слом и переориентация удельных национальных государственных интересов на создание глобальной экономической и политической структуры. В частности, создаются выходящие за рамки отдельных государств транс национальные экономические и финансовые корпорации и компании, продукты и услуги которых покрывают потребности многих и многих стран. Международный перелив капиталов, товаров, труда стал одним из главных условий развития национальных экономик всех стран. Их взаимодействие, создающее экономическую целостность мира, становится все более реальным и весомым.

Приведенные рассуждения можно рассматривать как своеобразную интерпретацию учения К. Маркса, где эпопея первоначального накопления напоминает «великую криминальную революцию» и описана как деятельность беззастенчивых приватизаторов эпохи огораживаний, обрекающих крестьян на нищенство, а экспроприаторов национального богатства на процветание.

Таким образом, этап современной глобализации готовит перспективу изъятия богатств мира сообществом глобальных финансовых игроков. В своей игре они используют три инструмента процесса в мировой экономике — МВФ, Всемирный банк, Всемирная торговая организация. С их помощью можно манипулировать ситуацией в любой стране третьего мира¹.

В этой связи вспоминаются слова Фиделя Кастро, который подверг резкой критике принципы рынка и глобализации: «Волки, объединяются в стаи, пользуются услугами компьютерных сетей, знают, на кого и когда нападать...»².

В настоящее время гораздо менее поддаются наблюдению и особенно интерпретации цивилизационные факторы взаимопротяжения стран. Что значит быть европейцем, если в Европе сосуществуют ча-

¹ См.: выступление бывшего премьер-министра Индии (1997–1998 г.) Индера Кумара Гуджрала // Независимая газета. 1999. 12 августа.

² Выступление на митинге в Сантьяго-де-Куба (1 января 1999 г.) // Латинская Америка. 1999. № 4. С. 8–9.

сто непохожие друг на друга нации (этнические группы), самобытные языки, далеко не схожие стили жизни и типы мироощущения. Первая и, возможно, самая главная трудность сближения заложена в языках. Приобщение к языку и национальной культуре, осознание различия «свой» — «чужой» начинается с младенчества, появления первой улыбки ребенка при виде матери, родных и близких и возникновения безотчетного страха при приближении незнакомых ему людей. Идентификация «мы» и «они» протекает изменчиво, противоречиво, ступенчато. Идентификация, по определению психологов и социологов, — это реакция на тревогу, вызванную неизвестным, способом отличения банального от экстраординарного. В одних случаях идентификации порождают индивидуальные и коллективные стимулы к встрече с другой цивилизацией, образуют мощный фактор взаимного обогащения; в иных — могут быть препятствием к межкультурному сотрудничеству. Иногда при деформациях идентичности возникают этноцентризм, предрассудки и стереотипы, в которых сознательно или бессознательно подогревается религиозная ревность, чисто земная зависть, инстинктивное бытовое неприятие¹. Вот пример стереотипного мышления одного из великих людей. Передают, что однажды к Гегелю обратились с просьбой изложить свое учение коротко, популярно и по-французски. Гегель якобы обиженно ответил, что его философию нельзя изложить ни коротко, ни популярно, ни по-французски².

Тем не менее, следует признать, что сегодня цивилизационная теория лежит в основе развития «обратной стороны» глобализации — сохранения национальной государственности, ее самобытности. На стадии перехода к обществу «меньшинств» национальные государства становятся центром консолидации, сохранения и развития культуры различных, в первую очередь малых этносов. Именно стремление к сохранению национальной идентификации, языка и порождает в значительной степени «сепаратистские» тенденции в развитых индустриальных странах³.

Вполне возможно, что единение мирового пространства на основе начал цивилизационной теории — проблема длинных волн истории. В таком ракурсе глобализация, безусловно, фактор общественного прогресса. Результатом подобной интернационализации явится создание мирового сообщества, в котором приоритетным будет гуманитарное развитие. Экономический потенциал и возможности научно-технической революции станут основой формирования полноценного,

¹ См.: *Пештнев В., Черновская В.* Развивающийся мир: глобализация или регионализация? // *Мировая экономика и международные отношения.* 2000. № 7. С. 39–47.

² См.: *Гулыга А.* Гегель. М., 1994. С. 35.

³ См.: *Кувалдин В., Рябов А.* Национальное государство в эпоху глобализации // *Свободная мысль — XXI.* 2000. № 1. С. 44.

духовно, культурно богатого, нравственно чистого и доброго человека; установлению гражданского и межнационального мира, согласия и сотрудничества между народами и государствами¹.

Итак, сегодня в процессе глобализации решающую роль играет экономический фактор. В ходе такой трансформации мирового сообщества, возможно, произойдет «обезличивание» государства, утрата его самобытности. В этой связи, большое значение приобретают такие понятия как «ментальность», «духовные ценности», ведь именно они определяют индивидуальность каждого общества и соответственно государства. Нельзя забывать, что экономика — лишь средство для благополучного существования. Процесс формирования гомогенного общества (государства) позволил явно продемонстрировать взаимозависимость материального и духовного факторов.

Современные международные интеграционные процессы открывают некоторые новые аспекты в понимании достаточно устоявшегося в науке понятия «государство». Наступление эпохи «глобализации» позволяет рассматривать этот общественный институт в качестве единой общемировой организации, что предполагает процесс гомогенизации мира, жизнь по единым стандартам ценностям, следование единым обычаям и нормам поведения. По сути — это признание растущей взаимозависимости, вследствие чего разрушается государственный суверенитет под напором глобальных фирм, транснациональных управленческих сетей, которые на равных взаимодействуют с государством.

К основным характеристикам зарождающейся гомогенной государственности относятся следующие.

1) В качестве политической элиты выступает олигархическое правительство состоящее из представителей руководящей «верхушки» различных ТНК и государств «золотого миллиарда». Оно выступает органом определяющим все сферы властного регулирования.

2) В качестве методов управления используются в основном принудительные меры воздействия, тотальный контроль. Цель современного мирового правительства — слом всех и всяческих перегородок для свободного перемещения услуг, товаров, капиталов и рабочей силы.

3) В качестве «рабочей силы» используются национальные экономики, за счет эксплуатации которых и формируется транснациональный капитал.

4) При формировании общепланетарной государственности исчезнет такой существенный признак государства как наличие территории и государственных границ. По верному замечанию И. Фергюсона и Р. Мансбаха «государство-территория было продуктом уникальных сочетаний исторических условий. Эти условия исчезают... Политика

¹ См.: *Койчнев Т.* Глобализация — противоречивая черта современного мирового развития // Общество и экономика. 2000. № 3–4. С. 197.

поисков идентичности становится центральным фокусом глобальной политики»¹. Однако, следует учитывать, что формирование единой планетарной территории и утеря такого эффективного контрольного механизма как национальное государство может привести к хаотичному поведению субъектов мировой политики и процессы станут не управляемыми. Хаосу будут содействовать подрыв авторитета международных организаций, распространение оружия массового поражения и поток обычных вооружений, расширение военных блоков без согласия соседей этих блоков, формирование центров международного терроризма и организованной преступности, утверждение принципа самоопределения меньшинств. Этому же будут способствовать экономическое неравенство, неуправляемый рост населения, технологические перемены, религиозный фундаментализм, национализм и рассизм, ухудшение экономического положения на фоне миграционных процессов.

В настоящее время происходит унификация государственно-правовой сферы, причем не в силу объективных потребностей общественного развития, а путем целенаправленного воздействия стран «золотого миллиарда» (и прежде всего США) на национальную государственность остальных стран. Фактически формируется единое международное пространство под давлением «государства-монстра» в лице самых могущественных стран и ТНК, при этом практически сводится на нет такая основополагающая составляющая государственности как суверенитет. Государство-левиафан стремится как можно больше ограничить самостоятельность во внутренних делах и независимость во внешних сношениях государств, не входящих в мировую экономическую элиту.

Процесс ослабления суверенитета происходил на протяжении всего исторического развития общества. Это было связано с постепенным становлением демократических принципов государственного строительства, согласно которым источником власти в обществе может быть только народ. То есть происходило сближение понятий государственного суверенитета и суверенитета народа. Помимо этого шло осуществление добровольного ограничения суверенитета по взаимной договоренности с другими государствами для достижения общих целей, итогом чего например на современном этапе развития государства явилось создание ООН, надгосударственной структуры, включающей в себя почти все страны, приоритет норм международного права, декларируемый во многих Конституциях и т.д.

Говоря о национальном государстве, мы фактически говорим о роли государства в условиях глобализации. Государство в условиях глобализации находится в парадоксально трудном положении. С одной стороны, государство есть основной агент, законно осуществляю-

¹ *Ferguson Y., Mansbach R.* Global Politics at the Turn of the Millenium: Chenging Bases of "US" and "Them" // *International Studies Review*, 1999, Summer, p. 77.

щий функционирование различных национальных и международных организаций посредством своего участия в необходимых соглашениях и договорах. С другой стороны, государство делегирует важные полномочия наднациональным органам, теряя элемент своего суверенитета в процессе подписания таких договоров.

Государство как объективное явление составляют ряд элементов, которые придают ему самостоятельность и независимость в социальной структуре. Существуют различные точки зрения на совокупность элементов государства и их правовой статус.

Выявляя элементы государства и анализируя их статус, гейдельбергский профессор Г. Еллинек причисляет к таковым три величины: государственную территорию, население (народ) и государственную власть¹. Сконструированная Г. Еллинеком «трехчленка» сделалась достаточно популярной. Ею пользуется авторитетный французский государствовед и теоретик права Леон Дюги. Он так определяет элементы государства: коллективность (нация, народ), территория, суверенитет². Но охотнее других с еллинековской «трехчленкой» работали и работают немецкие и отечественные авторы.

Среди наших соотечественников наибольшую значимость по своим научным трудам обрели В. М. Хвостов, Н. Н. Алексеев, Л. И. Спиридонов, Н. М. Коркунов, Ф. Ф. Кокошкин, А. А. Жилин. Рассмотрим взгляды некоторых из них, выявив общие черты и, соответственно, различия.

Останавливаясь на тех признаках, которыми маркируется государство и, таким образом, очерчивая его место в целостной системе человеческого общежития, В. М. Хвостов усматривает их в «особенностях, свойственных трем основным элементам государства; эти элементы суть: 1) верховная власть, 2) территория, 3) население»³. Н. Н. Алексеев, который был в ряду ведущих идеологов евразийства, считает элементами государства как реального явления «следующие всем известные элементы: 1) территория, 2) население, 3) власть, 4) организованный порядок. Первые три элемента относительно общепризнанны, хотя 3-й из них (власть) с большей или меньшей последовательностью включается представителями современной юридической школы»⁴.

«Трехчленка» от Г. Еллинека не занимает монопольного положения в политико-юридическом знании общетеоретического профиля. Не всех государствоведов и юристов она устраивает. Н. И. Лазаревский убежден: «Народ и власть не только не являются отличительными признаками го-

¹ См.: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 1903. С. 256–284.

² См.: *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 101–194.

³ См.: *Хвостов В. М.* Общая теория права. Элементарный очерк. М., 1914. С. 8.

⁴ См.: *Алексеев Н. Н.* Современное положение науки о государстве и ее ближайшие задачи // *Алексеев Н. Н.* Русский народ и государство. М., 1998. С. 403.

сударства, но они не могут быть признаны и его элементами... логически правильнее говорить, что элементами государства являются люди, состоящие между собой в таких отношениях, что одни подчинены другим¹. Отвергающих (полностью или частично) идею трехэлементного состава государства достаточно много. Правда, тождества в научных и методологических позициях ее критиков нет, так как имеют место определенные зависимости, которые существуют между государством и органично релевантными ему явлениями. Формула «элементы государства» инспирирует осмысление такового и приписываемых ему элементов как целого и частей (предметов), составляющих это целое. Отношения же целого и его частей — в общем плане суть отношения иерархии. Но диалектика связей «территории», «власти» и «народа» совершенно другая; причем каждый из названных «элементов» связан с государственностью сугубо на свой собственный лад. Например, «территория». Она — вовсе не часть самого государства, а лишь пространственное условие (наряду с временным) его бытия. «Власть» (вернее, публичная власть) и государство соотносятся не как часть и целое, а как функция и материализующая ее структура. Что касается «народа» и государства, то они коррелируют так, как субстанция и один из ее модусов.

Современные государства стремятся обеспечить условия для максимальной реализации национального суверенитета, так как благополучие всего государства напрямую зависит от самоидентификации и самовыражении проживающегося на его территории этноса, народа.

Народ обычно определяется как исторически возникшая на определенной территории устойчивая совокупность людей с общими относительно стабильными особенностями языка и культуры, а также осознанием своего единства и отличия от других подобных образований, фиксируемым в самоназвании. Он существует во множестве разных подсистемах (измерениях) социального бытия. Каждая из таких подсистем, в которых «располагается» народ, наделяет его своими собственными специфическими характеристиками. Обретение народом своеобразных качеств в результате его расположения в той или иной социальной подсистеме; обуславливает наличие разных модификаций народа, наличие суммы его ипостасей. Число подсистем (измерений) социального бытия, в которых располагается народ, велико. Государствоведение и юриспруденцию профессионально интересуют особенности народа, наличествующего в публично-властной (политической) и правовой подсистемах.

В привязке к территории государства определенная совокупность проживающих на ней людей фигурирует уже не в облике народа, а как население. Однако в конституциях при установлении нормы пред-

¹ См.: *Лазаревский Н. И.* Русское право. Т. 1. Конституционное право. Пг., 1917. С. 46.

ставительства на выборах по мажоритарной системе, введении правил изменения государственной территории (в частности, административно-территориальных границ), определении порядка реализации форм непосредственной демократии и т. п. предпочтение отдается понятию «население». В конституционном праве и его доктрине, когда речь идет о государстве в целом, понятие «население» используется как аналогичное понятию «народ».

Существуют мнения государствоведов, (например, Ж.-Ж. Руссо), согласно которым следует отличать «народ» от «населения» по принципу активного участия (либо неучастия) индивидов в управлении государством. «Народом» при такой градации считается масса тех людей, которые прямо и активно участвуют в решении государственных дел; «население» — совокупность всех живущих в государстве людей, как имеющих право участвовать в управлении государством, так и не имеющих данного права.

Сегодня специалисты-этнографы затрудняются указать четкие различия между категориями «народ» от «нация». Ясно, что между ними, с одной стороны, много общего, но с другой — не менее ясно и то, что они не стопроцентно одинаковы¹.

Современное государствоведение склоняется к тому, чтобы усматривать субстанцию государства именно в «народе», понимаемом как совокупность людей, которых объединяет, прежде всего, связь с государством и подчинение его законам. Нация, этнос в узком смысле слова, не есть, конечно, для государства нечто потустороннее, пребывающее вне его времени и пространства, «гравитационного поля». Однако по сравнению с категорией «народ», понятие «нация» включает в себя народ вчера, сегодня и завтра, то есть обладает неким пространственно-временным критерием. Безнациональных народов в природе нет. Следовательно, нет и безнационального государства, хотя существуют нации, не имеющие собственной государственности. Всякое, любое государство испытывает многообразные воздействия национального фактора, решает связанные с ним проблемы. Надо только помнить, что последние не всегда совпадают с проблемами бытия организовавшегося в государство народа.

Модификация народа в качестве общества более всего выступает субстанцией государства. В принципе, всякая государственная организация есть на определенный лад перевоплотившийся народ. Народ, видоизменяющийся в общество, естественно, приобретает очертания и свойства последнего. В рамках государства общество и народ — явления однопорядковые, по своему «человеческому материалу» тождественны. Народ в целом всегда выступает обладателем и носителем

¹ См.: *Бромлей Ю. В.* Современные проблемы этнографии. М., 1981. С. 17.

публичной власти как социальной функции — она принадлежит только ему. Однако лишь в правовом государстве все составляющие народ люди могут еще сверх того оказаться на любой ступени иерархической структуры публично властных отношений, быть в любой роли непосредственными и активными участниками отправления публичной власти, управления делами государства.

Суверенитет (фр. *souverainete* — верховная власть) обычно понимается как верховенство и независимость власти. В науке конституционного права различаются несколько видов суверенитета: государственный, национальный и народный¹. Про государственный суверенитет будет сказано ниже, когда речь пойдет о полноте законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории. Сейчас же нас интересует национальный и народный суверенитет.

Суверенитет национальный — это полновластие нации, ее политическая свобода, обладание реальной возможностью определять характер своей национальной жизни, включая, прежде всего способность политически самоопределяться вплоть до создания собственного государства².

Народный суверенитет — полновластие народа, то есть обладание социально-экономическими и политическими средствами для реального участия в управлении делами общества и государства³.

Различие между понятиями «нация» и «народ» было уже дано выше. Национальный суверенитет имеет значение как составляющая самоопределения исторической общности людей в глобальном межнациональном плане. Народный же несет самоопределение общества лишь в политическом плане, с закреплением их единоличного права на управление государством.

Несомненно, синтез и умелое сочетание народного, государственного и национального суверенитета должно быть признаком любого гражданского правового государства, претендующего на статус идеального.

Население — совокупность индивидов, проживающих в данном государстве или местности. Категория «население» не охватывает своим объемом национально-культурную, языковую, религиозную общность⁴. Основным признаком его является лишь привязка к определенной территории.

Бытует мнение, что истинное государство должно обладать незабываемой территориальной целостностью. Право народов на терри-

¹ См.: Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. М., 2001. С. 596.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 354.

ториальную обособленность, признание исторически сложившихся и закрепленных легитимными средствами границ является общепризнанным правом любой нации.

Территориальные границы могут совпадать и не совпадать по отношению к проживающим на ней этносам. Исторический опыт показал, что несовпадение этнических и территориальных границ само по себе не порождает разрушительных центробежных тенденций в развитии социума, но при наличии неблагоприятных условий и предпосылок как внутреннего, так и внешнего характера он может способствовать развитию глубоких конфликтов на социокультурной, этнической и религиозной почве, вплоть до территориальных притязаний, межгосударственных столкновений и войн. Теория геополитики и практика федеральных и национальных отношений в отдельных странах и на региональных уровнях свидетельствует, что при этом нередко становится под угрозу сама государственность. Возможно, этот феномен следует объяснять различием наций на генной основе, определяющей наиболее благоприятную основу для жизнедеятельности людей разных народов. Например, народы Азии, всю свою историческую жизнь проживающие в теплых, южных странах, мягко говоря, неуютно будут себя чувствовать при переселении их где-то в район Крайнего Севера. Да и специфика физиологического строения тела, вырабатываемой тысячелетиями, благодаря которой народ приспособился к выживанию на какой-либо территории, тоже не случайна. Вывод один: население, проживающее на своей исторической родине, имеет максимальные возможности для самореализации, так как в их чисто сиюминутно мотивированную профессиональную или потребностную деятельность, не будут вмешиваться объективные природные, требующие перемены, процессы на основе генного дисбаланса.

В контексте вопроса о пространственном признаке государства возникает вопрос: что лучше унитарное государство или федеративное, малое по своим масштабам или крупное?

Ответ на вышепоставленные вопросы найти нелегко. Наверное, развивая уже вышеизложенную мысль, нужно отметить, что существует зависимость от количественного состояния того или иного народа. Естественно, многонациональным государствам следует лучше выбирать федеративную форму государственного устройства, гарантируя составляющим его народам право на самоопределение. При сочетании реализуемого права на национальный суверенитет и принципа законности, оптимального разделения полномочий между субъектом и федерацией повышается возможность достижения блага народа.

Малые государства имеют над большими одно важное преимущество — сравнительная легкость в управлении территорией государства. Однако можно ли сопоставлять пользу от этого, несомненно, приятного качества государства с другими не менее важными проблемами.

К последним относят ограничение государственного суверенитета государств-карликов и их общая экономическая неспособность быть достойным конкурентом на политической арене. К примеру, Ватикан, занимающий территорию в один квартал Рима, в достаточном количестве не обладает, да и не может обладать природными ресурсами, составляющие материал для формирования промышленной сферы. Это государство, символом которого, как известно, является глава католической церкви папа Римский, существует во многом благодаря туризму. Много ли наберется карликовых государств, обладающих достопримечательностью такого уровня? Так или иначе, такие государства в полной мере не обладают абсолютным суверенитетом, они зависимы от более крупных, сильных, материально благополучных.

Таким образом, на начальных этапах развития человечества суверенитет носил абсолютный характер, но затем он все более и более становился относительным, ограниченным. Внутренний суверенитет постоянно подвергается давлению со стороны гражданского общества, на его сужение также может влиять мнение международного сообщества по поводу проводимой в стране внутренней политики. Ограничение же внешнего суверенитета, очевидно, он сужается вследствие развития международного права и межгосударственных организаций.

Ограничение суверенитета в недавнем прошлом носило характер добровольности и происходило по большей мере по политическим причинам, процесс же глобализации заставил государства жертвовать частью своего суверенитета в целях экономической целесообразности, причем эта жертва имеет принудительный характер. Помимо этого в ходе развития глобализации, появились новые субъекты ограничения суверенитета национального государства — это ТНК и мировые финансовые центры.

Трансформация суверенитета в процессе глобализации происходит по нескольким направлениям: во-первых, это влияние стран «золотого миллиарда» и их ТНК; во-вторых, на изменение суверенитета влияет антиглобалистское движение, в особенности радикальное крыло; в-третьих это сами национальные государства, открывающие свои границы с целью проведения эффективной экономической политики во взаимодействии с другими государствами и межгосударственными организациями.

Транснациональный бизнес бросает вызов суверенным правам правительств, возникает целый социальный слой космополитической олигархии, ставящей себя выше национальных сообществ и на признающей национальной идентичности. Национальное сообщество «сжимается», его социокультурный потенциал ограничивается.

Очевидно, что при любом варианте глобализации национальное государство не сможет сохранить свои функции и суверенитет в прежнем объеме, и их размывание само по себе еще не есть явление аномальное. Аномальным кризис делает то, что подрывая национальную идентичность и национальный суверенитет, неолиберальная глобализация не создает

адекватных политических и общественных структур, способных подхватить прерогативы и «скрепы», ускользающие от национальных государств и сообществ и сконцентрировать их на более широком геополитическом пространстве. Вместо этого власть перетекает в практически никому неподотчетные ТНК, а также финансово — политические организации типа МВФ, ВТО и другие. Таким образом, на глобальном уровне идеология «минимального государства» обретает свое законченное «идеальное» воплощение, и, судя по всему, это полностью устраивает тех, кто делает погоду в мировой экономике и политике.

Необходимость глобальных альянсов состоит в том что они необходимы не только для внешней, но и для внутренней безопасности. Перед лицом угрозы глобального террора, финансовых рисков, климатической катастрофы, организованной преступности, единственный путь к национальной безопасности — через транснациональную кооперацию.

В силу вступает парадоксальный принцип: в национальных интересах государства должны отказаться от части своей автономии, чтобы решать в глобализованном мире свои национальные проблемы. Сокращение национальной автономии и расширение национального суверенитета не исключают друг друга, а могут даже взаимно усиливать и ускорять.

В этой связи очень важно провести различие между суверенитетом и автономией. С точки зрения равноправности этих двух категорий, экономическая зависимость, культурная диверсификация, военное, правовое и техническое сотрудничество между государствами автоматически ведут к сокращению автономии и тем самым к утрате суверенитета. Если же мерить суверенитет политической созидательной силой, определяя его тем, насколько данному государству удастся завоевывать на аренах мировой политики вес и влияние, укрепляя при этом безопасность и благосостояние своих граждан, то растущее взаимопроникновение и кооперация, то есть сокращение автономии, ведет к приросту суверенитета. Теперь мировое влияние измеряется кооперативным потенциалом и умением сотрудничать.

Итак, дробление и объединение суверенитета не уменьшает его, а напротив, умножает суверенитет отдельно взятого государства.

Складываются два идеальных типа транснационального сотрудничества: надзирающие государства и открытые государства, в которых происходит демонтаж национальной автономии с тем, чтобы обновить и расширить национальный суверенитет в глобальном обществе риска.

Воспользовавшись новыми кооперативными возможностями, надзирающие государства могут превратиться в государства-крепости, где на первом плане стоят безопасность и военная мощь, а свобода и демократия играют второстепенную роль. Такая ситуация была бы равнозначна победе террористов, поскольку в этом случае эти страны сами лишили бы себя того, что делает их привлекательными и сильными — свободы и демократии.

Сабирова Лидия Леонидовна

*доцент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
кандидат юридических наук*

Идея верховенства закона и ее реализация в современной России

В процессе реализации задачи интеграции российского государства в международную систему идет признание и принятие мировых стандартов. К таким стандартам относятся идеи правового государства, верховенства права, верховенства закона. Сейчас верховенство права становится практически главным показателем демократического развития современных государств. Это возможно в связи с тем, что общественностью ежегодно оценивается индекс верховенства права по странам мира, который включает такие показатели, как: ограничение власти государства, отсутствие коррупции, порядок и безопасность, фундаментальные права, открытость правительства, правоприменение, гражданское правосудие и уголовное правосудие.

Первым доктринальным источником представлений о верховенстве права признается монография А. В. Дэйси об основах государственного права Англии¹. Он обосновал значение и сущность верховенства права, в том числе выделил ряд составляющих этого явления, а именно: недопущение злоупотребления администрацией ее властью, подчинение всех подданных страны английским законам и судам, судебная защита прав и свобод человека.

Если проследить развитие общественно-политической мысли в России о становлении теории правового государства, следует отметить, что наука советского права отвергала разработки дооктябрьской России в этой области, ибо указанные идеи не соответствовали принятой идеологии. Объективное развитие общественно-политической мысли привело к утверждению правовой государственности в общественных и научных кругах к началу 1990-х гг. Так, в работах В. С. Нерсесянца, Д. А. Керимова и других авторов критиковались такие принципы советской правовой науки, как: господство одного класса над другим, государственное происхождение права, полное совпадение права и закона, верховенство государства над правом и др.

Вопрос о роли права и его связующей функции по отношению к государству, его органам, организациям, должностным лицам и гражданам дискутировался в связи с теоретическими разработками проблем

¹ Дэйси А. В. Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции / пер., доп. по 6-му англ. изд. О. В. Полторацкой; под ред. П. Г. Виноградова. М.: Тип. т-ва И. Д. Сытина, 1907. 707 с.

социалистической законности. В частности, выдвигалась идея «государства законности», которое характеризуется следующими признаками: связанность правом государства; господство права в общественных отношениях; незаблемость правового статуса личности; верховенство закона и равенство всех перед ним и др.¹ Только с постепенным отказом от многих догматических представлений в обществе стала утверждаться убежденность в самостоятельной ценности права; заговорили о важности, приоритетности и необходимости защиты прав человека, о верховенстве закона и Конституции в системе нормативных актов; об обязательности права для всех, в том числе и для государства, должностных лиц и граждан и др. Важно подчеркнуть, что в материалах XIX Всесоюзной партийной конференции (1988 г.) было указано о необходимости «приступить к созданию социалистического правового государства»². Заметим, что при рассмотрении вопроса о социалистическом правовом государстве и верховенстве закона и с исторической, и с современной позиций интересна концепция КНР, связанная с необходимостью твердо придерживаться принципа верховенства законов на базе социализма с китайской спецификой, укреплением партии как главного гаранта социалистического верховенства права³. В. Ф. Яковлев рассматривает два аспекта правового государства (верховенства закона): 1) соотношения закона и власти (правовое государство предполагает такое положение, когда власть не только творит закон, но и сама подвластна закону, действует в соответствии с законом); 2) какую роль играет закон в регулировании общественной жизни, общественных процессов, в управлении общественными отношениями⁴. В настоящее время много исследований посвящено вопросам верховенства права и соотношения указанного понятия с иными правовыми явлениями⁵.

¹ Явич Л. С. Конституция СССР и некоторые вопросы общей теории советского права // Конституция СССР и дальнейшее развитие государствоведения и теории права. М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1979. С. 65–70.

² См.: XIX Всесоюзная конференция Коммунистической партии Советского Союза, 28 июня — 1 июля 1988 г.: Стенографический отчет. В 2 т. Т. 1. М.: Политиздат, 1988. 352 с. // URL: <http://soveticus5.narod.ru/455/soxix101.htm> (дата обращения: 01.07.2021)

³ См., например: Хань Чжэнь, Янь Юй. Верховенство закона. М.: Шанс, 2017 г. — 127 стр.

⁴ Яковлев В. Ф. Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. — 488 с.

⁵ См., например: Зорькин В. Д. Верховенство права и встреча цивилизаций // Журнал конституционного правосудия. — 2008. — № 1. С. 2–9; Хабриева Т. Я. На путях создания российской модели правового государства // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: Сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. — М., 2013. С. 95–107; Гаджиев Г. А. О судебной доктрине верховенства права // Сравнительное конституционное обозрение. — 2013. — № 4. С. 12–25; Лафитский В. И. Принцип верховенства права в этико-правовом измерении // Журнал российского права. — 2007. — № 9. С. 53–58.

Таким образом, в отечественной науке верховенство права рассматривается как одна из основополагающих идей теории правового государства. Это не только формальное обеспечение регулярности и последовательности в достижении и приведении в исполнение демократического порядка, но и некий элемент справедливости, основанной на признании и полном принятии высшей ценностью человеческой личности, и соответствующие гарантии со стороны государства.

Верховенство права показывает следующие аспекты демократической формы правления: государственные решения должны быть основаны на согласии народа, то есть выражаться в актах, принятых представительными органами; реализация таких решений должна производиться только в соответствии со специальными процедурами, исключающих произвол со стороны государства; любое ущемление прав человека возможно только на основе закона по приговору независимого суда. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) считает, что верховенство права выступает понятием, присущим всем статьям Конвенции, и в своих решениях дает разъяснения принципу верховенства права. Так, например, ЕСПЧ указал, что верховенство права в гражданско-правовых и иных делах трудно себе представить без возможности получить доступ к правосудию; из принципа верховенства права вытекает необходимость судебного контроля за законностью задержания или заключения под стражу; непротиворечие принципу верховенства права является одним из критериев оценки качества закона, которым должны регламентироваться, в соответствии с рядом статей Конвенции, допустимое вмешательство публичных властей в осуществление гарантированных прав, а также их допустимые ограничения¹.

Отметим, что сущностные составляющие верховенства права реализуются, в том числе, посредством принципа законности, выраженного в конституционном закреплении таких идей, как: верховенство закона в системе нормативных актов, верховенство Конституции², связанность законом государства, его органов, общественных организаций, должностных лиц и граждан.

¹ Дело Стенфорд против Соединенного Королевства. Решение ЕСПЧ от 28 мая 2002 г. // URL: <http://european-court.ru/> (дата обращения: 01.07.2021 г.)

² См., например, практику КС РФ: «В силу ст. 39 Конституции Российской Федерации каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом. Закрепляя в законе правовые основания назначения государственных пенсий, как того требует ст. 39 Конституции Российской Федерации законодатель определяет порядок исчисления трудовых пенсий. При этом в силу ст. 15 Конституции Российской Федерации он обязан исходить из верховенства Конституции Российской Федерации и высшей юридической силы ей принципов и норм». — URL: http://www.consultant.ru/law/podborki/verhovenstvo_konstitucii/ (дата обращения: 1.07.2021 г.).

Напомним, что Федеральный закон от 08.12.2020 г.¹ дополняет ряд отечественных нормативно-правовых актов фразой о том, что «не допускается применение правил международных договоров РФ в их истолковании, противоречащем Конституции России». Такое противоречие можно установить в порядке, который определяет федеральный конституционный закон. Изменения внесены в п. 2 ч. 1 ст. 7 ГК («Гражданское законодательство и нормы международного права»), в ч. 3 ст. 3 АПК («Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах»), а также в ч. 4 ст. 13 этого же кодекса («Нормативные правовые акты, применяемые при рассмотрении дел»). Аналогичные поправки вносятся и в Гражданско-процессуальный кодекс: в ч. 2 ст. 1 («Законодательство о гражданском судопроизводстве») и ч. 4 ст. 11 («Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел»). Изменения затрагивают и Кодекс административного судопроизводства. Положение о верховенстве Конституции над нормами международных договоров будет теперь в ч. 2 ст. 2 («Законодательство об административном судопроизводстве») и ч. 4 ст. 15 («Нормативные правовые акты, применяемые при разрешении административных дел»). Поправки внесены и в Уголовно-процессуальный кодекс — в ч. 3 ст. 1 («Законы, определяющие порядок уголовного судопроизводства»).

Как справедливо отмечается отечественными правоведами, весьма сложной темой для теории государства и права и для правоповедения в целом является проблема соотношения нормы права и текста статей конституции. «Проблема уяснения природы конституционных норм заключается в определении нормативности их предписаний и возможности быть законом прямого действия. В связи с этим, особую значимость приобретает разработка норм права как моделей правоотношений, которые должны четко, внятно, недвусмысленно определить права и обязанности сторон, содержание запрета и пределы санкций за их нарушение. Только в таком случае тексты статей конституции обретут статус нормативных предписаний и войдут в нормы права в качестве правил поведения, а не декларативных политических сентенций»².

Следует заметить, что термин «закон» можно понимать в широком и узком его значении. В широком смысле слова понятие «закон» при-

¹ Федеральный закон от 08.12.2020 № 428-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части недопущения применения правил международных договоров Российской Федерации в истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_370098/ (дата обращения: 01.07.2021).

² Фролова Е.А. Нормы права // Право и государство: теория и практика. — 2012. — 6 (90). С. 6–21. С. 12. URL: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_18361537_63831307.pdf (дата обращения: 29.07.2021).

менимо к любой науке: и к наукам о природе, и к наукам о закономерностях человеческого мышления, и к наукам об обществе. В РФ утвердилось традиционное понимание законов как специальных актов парламента, превосходящих по юридической силе большинство других источников права¹. В общей теории права используется следующее понимание закона: это — принятый в особом порядке первичный правовой акт по основным вопросам жизни государства, непосредственно выражающий общую государственную волю и обладающий высшей юридической силой². А. Н. Станкин приводит пример коллизии норм Конституции РФ, связанной с двойственным пониманием закона³. Так, в современных Конституциях закрепляется принцип «судьи независимы и подчиняются только закону». В данном случае «закон» упоминается в широком смысле, означающем «право». В п. 1 ст. 120 Конституции РФ отмечается, что судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. То есть в данном случае термин «закон» упоминается в узком смысле, как акт, принятый федеральным законодательным органом.

Необходимо отметить, что исторически идея верховенства закона возникла в эпоху буржуазных революций, когда закон приобрел особую значимость источника права. Именно закон понимается как акт, воплощающий волю народа, выраженную представительным органом. Таким образом, политической предпосылкой провозглашения данного принципа явилось распределение законодательных и исполнительных функций⁴. С. А. Грачева отмечает, что иногда верховенство права ассоциируется и даже отождествляется с категорией «верховенство закона», что искажает суть современной идеи верховенства права, которая трактуется в свете позитивистского правопонимания. В рамках такого видения право выступает только результатом нормативно-устанавливающей деятельности государства, или законом (в широком смысле), обладающим высшей юридической силой в системе правовых актов и ценностей, тем самым не препятствуя авторитарным проявлениям государственной власти. Однако обеспечение действительности принципа верховенства права вряд ли возможно без признания и воплощения в правовой жизни принципа верховенства закона, выраженного, прежде всего, в требовании неукоснительного соблюдения и следования

¹ Колесников Е. В. Источники российского конституционного права: Вопросы теории и методологии. Дис. ... уч. ст. д-ра. юрид. наук. Саратов, 2000. — 357 с. С. 61–62.

² Алексеев С. С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. М.: Юрид. лит. 1982. — 360 с. С. 182.

³ Станкин А. Н. Верховенство федерального закона в Российской Федерации: конституционные вопросы: дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2007. — 227 с.

⁴ Лукьянова Е. А. Закон как источник советского государственного права: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1984. — 172 с. С. 11–12.

законам всеми лицами, находящимися в пределах юрисдикции государства, и внутригосударственными органами власти. При этом осуществление верховенства закона не должно обеспечиваться в ущерб верховенству права¹.

Говоря о современной реализации идеи верховенства закона в РФ, следует отметить, что в ч. 2 ст. 4 Конституции РФ закрепляется данный принцип и отмечается, что Конституция РФ и федеральные законы имеют верховенство на всей территории РФ.

Принцип верховенства закона в Конституции РФ раскрывается в трех аспектах: 1) этот принцип означает требование соответствия всех подзаконных актов законам, а всей нормативной базы — Конституции РФ. Это подразумевает возможность проверки соблюдения такого соответствия в судопроизводстве; 2) Конституция РФ закрепляет иерархическую подчиненность законодательного массива в ст. ст. 4, 76 устанавливает особенности процесса нормотворчества относительно Основного закона государства, отдельных его глав (ст.ст. 134, 135) и федеральных конституционных законов (ст. 108); 3) Конституция РФ выделяет круг общественных отношений, которые могут регулироваться только законом, а также указывает среди них те, которые требуют статуса федерального конституционного закона (ч. 3 ст. 40, ст.ст. 84, 87, 135). Появление института федерального конституционного закона дает возможность повысить роль законодательной базы в правовой системе государства. Однако вызывает сомнение целесообразность в конституционном установлении ограниченного перечня подобного рода нормативных актов. В связи с этим необходимо определить функциональные, типологические характеристики федеральных конституционных законов, выявить параметры их отличия от обычных федеральных законов, четко прописать их статус.

Безусловно, одной из важнейших проблем реализации принципа верховенства закона является несовершенство самих законов (пробелы в праве, неточность формулировок, неактуальность норм и пр.). Так в 2016 г. Конституционный Суд РФ опубликовал свои рекомендации по поводу совершенствования нормотворческой деятельности в Российской Федерации, в которых орган конституционного контроля в качестве первоочередной задачи совершенствования законодательства называет преодоление пробелов нормативного регулирования, исправление присутствующих в нем дефектов неопределенности и несогласованности. Конституционный Суд РФ обозначил основные дефекты законотворчества, выявленные в его итоговых решениях в 2013–2015 гг., в т.ч. пробельность, неопределенность и несогласованность регулирования. Причем Конституционный Суд РФ связывает надежды

¹ Грачева С.А. Доктрина верховенства права и судебные правовые позиции // Журнал российского права. — 2014. — № 4. С. 33–45.

на устранение имеющихся проблем не только с деятельностью судов, но также призывает к проведению высокопрофессиональной правовой и специализированной экспертизы при осуществлении законотворческого процесса с тем, чтобы на должном уровне поддерживать авторитет парламента¹. Следует согласиться с распространенным мнением, что судебная практика и ее потребности могут выступать условием для последующей корректировки содержания действующих источников права, поскольку являются мерилем исполнимости формальных предписаний и выступают средством социальной связи между обществом и государством по вопросам составления правового массива². Это так же послужит развитию верховенства закона на новом уровне.

Вопрос о верховенстве закона остро и мучительно обсуждается в российском обществе на протяжении многих лет. Как известно, политические, экономические, культурные процессы последних десятилетий существенно изменили само общество и его сознание; эти процессы так же связаны с реализацией принципа верховенства закона. Ведь возрастающая социальная дифференциация российского населения влияет на увеличение числа граждан, находящихся в отчужденном, пограничном и дезадаптированном (маргинальном) положении по отношению к системе действующего законодательства и объективно сложившимся в обществе правовым ценностям³.

На основании изложенного представляется возможным выделить такие существующие проблемы реализации идеи верховенства закона в РФ на современном этапе, как внутренняя несогласованность самого законодательства: зачастую закон, обрастая многочисленными подзаконными актами, теряет свой первоначальный смысл; в целом ряде случаев затруднено применение законов в связи с несовершенством законодательной техники; при принятии законов не соблюдается основной их признак — регулирование наиболее важных сфер общественной жизни.

¹ *Насыров Р. В.* Фрактальность как принцип организации и функционирования системы публичной власти: постановка вопроса // Государство и местное самоуправление: современные вызовы. К 140-летию Барнаульской городской Думы / под ред. А. А. Васильева, И. Н. Васева, Ю. А. Зеленина, К. А. Синкина. Барнаул, 2018. С. 194–206. — Печатается по Коновалова Л. Г. Проблемы реализации принципа верховенства закона в Российской Федерации// URL: <http://gospravo-journal.ru/s102694520012232-6-1/> (дата обращения: 01.07.2021)

² *Гайниев Л. С.* Правосудие — система применения права: монография. — СПб.: Алетей, 2020. — 176 с. С. 143.

³ *Степаненко Р. Ф.* Общеправовая теория маргинальности. Автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. — Казан. фед. университет, Казань, 2015. — 58 с. С. 3.

Поцелуев Евгений Леонидович

*заведующий кафедрой теории и истории государства и права
юридического факультета Ивановского государственного
университета, руководитель НОЦ «Межвузовский
научно-исследовательский и образовательный
Центр изучения немецкого права»,
кандидат исторических наук*

Правопорядок: понятие, признаки, гарантии, подсистема общественного порядка, соотношение с законностью и пути его укрепления в социуме

Актуальность и важность темы

В любом государственно-организованном обществе должен быть порядок, а тем более в государствах, которые позиционируют себя как демократические, правовые с рыночной экономикой. Антипод порядка — хаос, анархия, беззаконие, массовая и повсеместная правонарушаемость, в том числе преступность. Очевидно, что общество, все субъекты права с установками на правомерное поведение и в определенной мере даже криминальные элементы (чтобы их не пытали, например, чтобы не привлекали к тому или иному виду ретроспективной ответственности, когда для этого нет оснований; чтобы реализовать свое право на квалифицированную юридическую помощь, на заключение и расторжение брака и многое другое) в наличии соответствующих юридических норм, их реализации, а, следовательно, и порядка.

На наш взгляд, в целом, не утратили своего значения высказывания одного из главных экспертов по интересующей нас теме — профессора В. В. Борисова: «Вопросы порядка имеют приоритетное значение в правовой жизни общества. Потребности и интересы общества, государства, граждан настоятельно требуют упорядоченности и стабилизации основных сторон жизни. (...) Порядок выступает необходимым условием возрождения экономики, функционирования всех социальных сфер, стабилизации жизненных процессов и становления подлинного народовластия.

Необходим порядок в работе власти, в нормотворчестве и других сферах государственной жизни.

Только при таком положении гарантируется реальность прав и свобод граждан, их законных интересов и выполнение всеми субъектами возложенных на них обязанностей, реализации ответственности за свое поведение.

Отсутствие надлежащего порядка бьет по интересам людей и разрушает общество. Это проявляется в незащищенности прав. Сво-

бод и интересов граждан, в растущей преступности и постоянной угрозе жизни, здоровью, чести и достоинству людей, в лишении больших групп граждан гарантий социальной защиты и благополучия, в разрушении экономических и социальных связей, в социальном расслоении людей, в произволе власти. В коррупции и т.п.»¹. Мы разделяем подход ученого, но выскажем несколько замечаний. Во-первых, в правопорядке заинтересованы не только граждане. Но и иностранные граждане, апатриды, бипатриды, а также различные объединения индивидов и др. Во-вторых, правопорядок, связан не только со сферами государственной жизни, но и муниципальной. Констатирую, что выражение о возрождении экономики, видимо, уже устарело и речь теперь идет о ее развитии, трансформации, модернизации, цифровизации и т.п.

По мнению В. М. Артемова, эффективное государство — «это прежде всего организованный и контролируемый правопорядок. Правопорядок в современном российском обществе — это ключ к решению основных проблем модернизации экономики страны»². Автор давал такую оценку в 1999 г., но идеи сильного и эффективного государства, модернизации, укрепления правопорядка в условиях санкций со стороны коллективного Запада, стала в чем-то и более актуальной.

В конце XX в. Е. В. Болотина и В. В. Талянин писали, что «понимание законности и правопорядка приобретает важное значение в государстве, где признается верховенство закона и права над государством» и что изучение этих проблем «исключительно важно, так как все без исключения отраслевые юридические науки, исследующие различные аспекты права, правоприменительного процесса, та или иначе, но в конечном счете обязательно выходят на эти проблемы...»³.

В 2017 г. С. В. Клевцов одним из основных противоречий современного этапа функционирования российской государственности называет объективную потребность общества в стабильном правопорядке и ее реальное воплощение в социальной практике. С его точки зрения, «постановка и исследование вопроса о том, каким может и каким должен быть правовой порядок» в Российской Федерации имеют важное теоретическое и практическое значение. По его мнению, актуальность изучения правопорядка вызвано следующими соображениями. Во-первых, обращение к вопросу о его природе и сущности становится

¹ Борисов В. В. Правопорядок // Общая теория права. Академический курс: в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. Т.2. Теория права. М., 1998. С. 532.

² Артемов В. М. Правопорядок в современном российском обществе: социально-философский анализ: автореф. дис... д-ра филос. наук. М., 1999 <http://cheloveknauka.com/pravoroyadok-v-sovremenном-rossiyskom-obschestve> (режим доступа — 19.07.21).

³ Болотина Е. В., Талянин В. В. Законность и правопорядок // Проблемы теории права и государства: курс лекций / под общ. ред. проф., академ. В. П. Сальникова. СПб., 1999. С. 198, 199.

мировоззренческой задачей, так может быть понята сегодняшняя действительность. «Во-вторых, избранный предмет настолько сложен для понимания и содержательно глубок, что ни одно даже фундаментальное его исследование не может считаться исчерпывающим или хотя бы достаточным. В связи с этим потребность в теоретическом анализе категории правопорядка по-прежнему остается неудовлетворенной. В-третьих, исследование проблемы правопорядка выступает одной из важных точек соприкосновения самых разных наук, что придает исследованию междисциплинарный характер». Последний аргумент автора — это необходимость изучать идею правопорядка не только на уровне доктринальном, но и на обыденном уровне, уровне массовой культуры, ибо «именно в массовой правовой практике происходит реализация права»¹.

«Исследование различных аспектов, связанных с правопорядком, его природой и способами формирования, имеет как теоретическое, так и практическое значение, — констатируют доктора юридических наук, профессора Н. Н. Черногор и Д. А. Пашенцев. — Стремительно меняющаяся действительность определяет динамику общественных отношений и предъявляет все новые требования к их упорядоченности, что отражается на механизмах правового регулирования»². Необходимость теоретических исследований вызвана важностью правопорядка и для отраслевых наук и для международного права, как публичного, так и частного. О. П. Сауляк актуальность темы в первую очередь связывает с «исключительной научно-практической значимостью проблем обеспечения эффективного правопорядка в государственно-организованных социумах». Далее он правильно пишет: «Будучи явлением многоплановым, включенным в различные виды и формы социального взаимодействия, правопорядок имеет множество аспектов познания. Это одна из основных парадигм юриспруденции, существенный показатель политико-правового развития социума, важнейшая социо-культурная ценность современного мира. Всесторонний анализ этих и других граней правопорядка представляет несомненный интерес для юридической теории и практики»³. По нашему мнению, убедительно звучит и следующее высказывание этого ученого: «Изучение состояния разнообразных социальных практик, в которых «задействован» правопорядок, пред-

¹ Клевцов С. В. Реализация идеи правопорядка в современном Российском государстве: монография. Орел, 2017. С. 4,5–6.

² Черногор Н. И., Пашенцев Д. А. Правовой порядок: доктринальные подходы, методы и актуальные направления исследования // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 6.

³ Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис....д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 3.

ставляется крайне значимым с точки зрения действенности права, эффективности функционирования государственных и общественных институтов, совершенствования законодательства и практики его применения, определения социально-экономического, политико-правового, человеческого, нравственного потенциалов, которыми располагает тот или иной социум в части обеспечения устойчивости своего развития»¹. И. Л. Честнов пишет в 2019 г.: «Проблема правопорядка — важнейшая в теории права, во всей юридической науке. Как возможен правопорядок, от чего он зависит, как обеспечить его воспроизводимость, как его измерить — вот далеко не полный перечень вопросов, имеющих принципиально важное значение как для юридической теории, так и для практики»². Мы согласны с такой оценкой ученого.

Степень научной разработанности проблемы

«Важный вклад в разработку теории правопорядка внесли такие представители западной и российской философско-правовой и теоретико-правовой классики, заложившие мировоззренческие и методологические основы широкого понимания права и правового порядка, как Н. Н. Алексеев, Н. А. Бердяев, И. Бентам, М. Вебер, П. Г. Виноградов, Г. В. Ф. Гегель, Н. А. Гредескул, С. А. Котляревский, С. А. Муромцев, П. И. Новгородцев, Л. И. Петражицкий, Дж. Роулз, Е. В. Спекторский, Ф. В. Тарановский, А. Тойнби, Е. М. Трубецкой, Ф. А. Хайек, Б. М. Чичерин, О. Шпенглер, Р. Штаммлер, К. Яспер и др.», — утверждает С. В. Клевцов³. Выскажем несколько критических замечаний по поводу вышеприведенной цитаты: во-первых, все звучит голословно, так как нет ни одной сноски на работы этих авторов; во-вторых, широкое понимание право связано с именами таких ученых как С. А. Яценко (синтетическая теория права), В. Н. Кудрявцев, В. П. Казимирчук («широкое» понимание права в советский период), В. В. Лазарев (интегральная теория права), Вернер Кравиц и А. В. Поляков (коммуникативная теория права) и др., а никого из них в этом списке нет; в-третьих, И. Бентам — утилитарист, нередко его называют предтечей юридического позитивизма; Н. М. Коркунова и С. А. Муромцева большинство специалистов не без основания от-

¹ Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис....д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 4–5.

² Честнов И. Л. Институционализация правопорядка и теория делиберации Ю. Хабермаса // Правопорядок и его институциональные основы: сб. трудов междунар. науч. конф. Воронеж, 31 мая — 1 июня 2019 г. / редколл.: М. А. Беляев, В. В. Денисенко. Воронеж, 2019. С. 6.

³ См.: Клевцов С. В. Реализация идеи правопорядка в современном Российском государстве. С. 6; Юнусов А. А. Правопорядок, общественный порядок и права человека // Вестник УРГЮА. Сер. «Право». Вып. 9. 2007. № 4. С. 40.

носят к представителям социологической юриспруденции (социологический позитивизм, конечно, шире узконормативного подхода) и т.п.; в-третьих, в отчество Бориса Николаевича Чичерина вкралась досадная опечатка: он назван Б. М. Чичерин; в-четвертых, полагаем, что перечисление ученых по алфавиту — это в данном случае не лучший вариант, принцип историзма здесь был бы более уместен. Н. Н. Черногор и Д. А. Пашенцев утверждают, что одним из первых в России термин «правопорядок» использовал Г. Ф. Шершеневич в книге «Общая теория права», изданной в 1911 г.¹

«Проблемы правопорядка традиционно находятся в фокусе внимания отечественного правоведения, — утверждает О. П. Сауляк, но работы дореволюционных авторов не упоминает. — Их изучению посвящены многочисленные научные исследования советского периода. В которых раскрыты методологические аспекты указанного явления, его роль в жизни общества, конкретизированы ключевые принципы функционирования и способы совершенствования правопорядка, намечены подходы к определению его соотношения с иными правовыми, социальными явлениями: законностью, правосознанием. Правовой культурой, юридической практикой, правомерным поведением, социальным порядком, демократией, государственной дисциплиной (Н. Г. Александров, М. И. Байтин, С. Н. Братусь, А. М. Васильев, А. Б. Венгеров, О. С. Иоффе, Г. С. Котляревский, В. Н. Кудрявцев, О. Э. Лейст, Р. З. Лившиц, Н. С. Малеин, В. С. Нерсисянц, В. В. Оксамытный, А. С. Пиголкин, М. И. Пискотин, Б. В. Саванели, И. С. Самощенко, М. С. Строгович, М. Д. Шаргородский, Л. С. Явич и др.)»².

Среди научных исследований советского периода, посвященных правопорядку, О. П. Сауляк особо выделяет работы В. В. Борисова, О. Ф. Мураметса и Т. М. Шамба, так как «в них на основе всестороннего обобщения, систематизации накопленных юриспруденцией знаний предложена целостная, стройная научная концепция правопорядка, достаточно точно отражавшая проблемные зоны, тенденции и перспективы его развития в условиях советской системы»³. По мнению М. И. Байтина, научные основы исследования проблемы правопорядка были заложены Н. Г. Александровым, М. С. Строговичем, Л. С. Явичем и др. Так, Н. Г. Александров с позиций нормативного (материалистического) понимания права одним из первых в отечественной юридической науке привлек внимание к тому, что законность неразрывно связана с правопорядком. Александров справедливо

¹ См.: Черногор Н. И., Пашенцев Д. А. Указ. соч. С. 6.

² Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 6.

³ Там же.

заметил, что правопорядок не может быть без правоотношений, «подобно тому, как без законов не может быть законности»¹.

В советский период социалистической законности² и социалистическому правопорядку были посвящены монографии В. В. Борисова, П. М. Рабиновича, Т. М. Шамба и Л. С. Явича³. Их труды были замечены научной общественностью⁴. Так, в рецензии, опубликованной в 1976 г. в журнале «Советское государство и право» (№9, С. 146–148), на книгу П. М. Рабиновича В. М. Чхиквадзе и Н. В. Витрук, отметили, что «вопрос о понятии законности, в особенности при соотношении его с понятием правопорядка, требует дальнейшего исследования»⁵. В рецензии на работу В. В. Борисова, написанной В. Е. Гулиевым и Н. В. Витруком, и напечатанной в 1978 г. в журнале «Вестник Московского университета» (Сер. 11. Право. № 4), авторы критично, но в целом позитивно оценили книгу⁶.

Отдельные современные исследователи среди работ, посвященных общетеоретическим аспектам правопорядка, называют и книгу Е. К. Кайназарова «Правопорядок и жизнедеятельность общества» (Алма-Ата, 1975)⁷. В 1987 г. И. А. Кузнецов защитил диссертацию «Охрана социалистического правопорядка, социалистической собственности, прав и свобод граждан как функция Советского общенародного государства», но современные исследователи утверждают,

¹ Байтин М. И. Законность и правопорядок // Байтин М. И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 301,302.

² См.: Лунев А. Е., Студенкин С. С., Ямпольская Ц. А. Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948; Александров Н. Г. 1) Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955; 2) Укрепление социалистической законности и применение советского права // Вестник Моск. ун-та. 1957. № 2; Керимов Д. А. Обеспечение законности в СССР. М., 1956; и др.

³ См.: Явич Л. С. Социалистический правопорядок. Л., 1972; Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма: Вопросы теории и методологии исследования / отв. ред. В. С. Кульчицкий. Львов, 1975; Борисов В. В. Правопорядок в условиях развитого социализма. Вопросы теории. Саратов, 1977; Шамба Т. М. Демократизм социалистического правового порядка. М., 1989.

⁴ См, напр.: Глебов А. [Рец.] Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма: Вопросы теории и методологии исследования. — Львов, 1975. — 260 с. // Социалистическая законность. М.: Известия. 1977. № 8. С. 93.

⁵ См.: Рабинович П. М. Упрочение законности — закономерность социализма (вопросы теории и методологии исследования) // Витрук Н. В. Избранное. Т. 1. Статьи. Доклады. Рецензии. 1963—1990. М., 2012. С. 95.

⁶ Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма. Вопросы теории // Витрук Н. В. Избранное. Т. 1. Статьи. Доклады. Рецензии. С. 96—99.

⁷ См.: Клевцов С. В. Реализация идеи правопорядка в современном Российском государстве. С. 7.

что «многие ее положения устарели и нуждаются в существенной корректировке»¹. О. П. Сауляк верно отмечает и недостатки советской историографии интересующей нас темы, «определяемые, прежде всего, господствовавшей идеологией, которая претендовала на монопольное обладание научной истиной. Критики существовавшего правового порядка в работах советских ученых-юристов было немало. Однако характерной чертой ряда исследований того времени была идеализация состояния дел в обществе, когда последнее нередко изображалось как совершенный социум, свободный от каких-либо недостатков и противоречий, когда «сущее» отождествлялось с тем, что существовало лишь в виде «должного», программных установок. Этот негативный опыт должен быть непременно учтен на современном этапе развития отечественного правоведения»². Ученый прав: наука, в том числе юридическая не должна быть сервильной. О. П. Сауляк утверждает, что в постсоветский период интерес российских исследователей к проблемам правового порядка заметно возрастает. В качестве аргумента он приводит увеличение числа диссертационных работ общетеоретической и отраслевой направленности, авторы которых «анализируют проблемы, связанные с обеспечением эффективности функционирования механизма современного государства, органов местного самоуправления, общественных институтов, с совершенствованием юридических технологий и средств контроля как необходимых условий формирования должного правового порядка в Российской Федерации, ее успешного продвижения по пути строительства подлинно демократического, правового и социального государства (С. В. Андреев, А. В. Виссаров, Р. С. Годунин, В. Н. Казаков, К. В. Макаров, В. Л. Некишев, П. С. Назаров, О. М. Пакус, Е. С. Папрыгин, Э. Ф. Пушкарева, Е. В. Рябова. И. И. Сыдорук, Н. Е. Гюрина, И. К. Шаов и др.)»³.

Различные аспекты интересующей нас темы продолжают привлекать внимание российских ученых в XXI в.: юридические средства формирования правового порядка⁴ и его теоретико-правовой анализ⁵, реализация принципа разделения властей как условие обеспечения

¹ Рябова Е. В. Функция обеспечения правового порядка в период формирования правового российского государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 5.

² Сауляк О. П. Сущность правового порядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 6–7.

³ Там же. С. 7.

⁴ См.: Анциферова Н. А. Правовые средства формирования правового порядка // Общество и право. 2009. № 2. С. 15–19; и др.

⁵ См.: Анциферова Н. А. Правовой порядок: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010.

правопорядка¹, правопорядок как основа правового государства², его экономическому содержанию и правовой форме³, борьба с правонарушениями как одно из средств укрепления правопорядка⁴, его связи с общественным порядком и правами человека⁵, конституционный правопорядок⁶, несправедливости в ряде региональных правопорядках Российской Федерации⁷, правопорядок в сфере труда⁸, международный правопорядок⁹, соотношение законности и правопорядка (классический вопрос), современному постклассическому подходу к интересующему нас феномену и др.¹⁰ Концептуальный характер имеет статья Н. И. Черногора и Д. А. Пашенцева, посвященная правопорядку и актуальным направлениям его исследования¹¹. Но, конечно, следует

¹ См.: *Безруков А. В.* Реализация конституционного принципа разделения властей как условие обеспечения правопорядка // Государство и право. 2016. № 6. С. 12–19; и др.

² См.: *Короткова О. И.* Правопорядок как базис социального правового государства // Российская юстиция. 2009. № 6. С. 5–8; и др.

³ См.: *Емельянов А. С., Черногор Н. Н.* Правопорядок: экономическое поведение и его правовая форма // Законодательство и экономика. 2016. № 8. С. 21–35; и др.

⁴ См.: *Поцелуев Е. Л.* Правонарушения как посягательство на правопорядок // Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: тези Міжнародної науково-практичної конференції 13–14 червня 2008 року / за заг. ред. Ю. М. Оборотова. Одесса, 2008. С. 196–198; и др.

⁵ См.: *Юнусов А. А.* Правопорядок, общественный порядок и права человека. С. 36–40.

⁶ См.: *Эбзеев Б. С.* Конституционный правопорядок и основные права: юридическая природа и особенности государственной защиты (о методологии научного поиска) // Государство и право. 2016. № 10. С. 5–18; и др.

⁷ См.: *Щеглова Д. В.* Несправедливость в региональных постсоветских правопорядках: конфликтологический потенциал // Справедливость в постсоветском правопорядке: понятие, принцип, цель: сб. М., 2021. С. 280–296.

⁸ См.: *Полетаев Ю. Н.* 1) Правопорядок и ответственность в трудовом праве. М., 2001; 2) Правопорядок и ответственность в трудовом праве: дис. в виде научного доклада... д-ра юрид. наук. М., 2001.

⁹ См.: *Андреев А. Ф.* Международно-правовой вклад Российской Федерации в современный миропорядок // Государство и право. 2016. № 1. С. 81–91; *Гизетдинова И. Ю.* «Публичный порядок» в международном частном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010; *Каламкарян Р. А.* Международно-правовой суд и современный миропорядок: позитив международно-правового опыта // Государство и право. 2013. № 1. С. 63–72; *Шаягин Д. Д.* Включенность Российской Федерации в процесс по обеспечению международной законности и правопорядка (На примере европейского полицейского ведомства — Европола) // Государство и право. 2016. № 9. С. 68–75; и др.

¹⁰ См.: *Дутов А. С.* Полагание правопорядком субъектов права // Государство и право. 2016. № 12. С. 99–101; *Пашенцев Д. А., Черногор Н. Н.* Правопорядок в контексте современной постклассической методологии // Юридическая наука. 2017. № 1. С. 21–25; и др.

¹¹ См.: *Черногор Н. И., Пашенцев Д. А.* Правовой порядок: доктринальные подходы, методы и актуальные направления исследования. С. 5–15.

выделить многочисленные научные статьи¹, монографии², автореферат докторской диссертации и саму диссертацию О. П. Сауляк³, а также кандидатские диссертации, научные статьи и монографии С. В. Клевцова⁴ и Е. В. Рябовой о функциях обеспечения, охраны, защиты и восстановления правопорядка⁵.

¹ См.: Сауляк О. П. 1) Механизмы рынка и правопорядок // Финансы и кредит. 2005. № 17. С. 69–77; 2) Правосудие как фактор обеспечения правопорядка // Финансы и кредит. 2005. № 21. С. 65–71; 3) Правопорядок в российском обществе: издержки либеральной модели // Законодательство и экономика. 2005. № 8. С. 4–8; 4) Конституция Российской Федерации и укрепление правопорядка // Российский судья. 2006. № 3. С. 3–7; 5) Парадигма правопорядка: современное прочтение // Известия вузов. Правоведение. 2006. № 3. С. 165–172; 6) Правопорядок в коллективистских и индивидуалистических обществах: сущность, основные характеристики. Поиск новой модели // Государство и право. 2006. № 4. С. 94–101; 7) Нравственный потенциал и правопорядок в современной России // Юридический мир. 2007. № 5. С. 55–59; 8) Правовая культура как фактор обеспечения правопорядка (общетеоретические, образовательные и иные аспекты проблемы) // Право и образование. 2009. № 10. С. 48–59; 9) Гарантии законности и правопорядка: миф или реальность // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 1. С. 162–167; 10) Бедность как амбивалентная детерминанта правопорядка // Юридический мир. 2010. № 2. С. 62–64; и др.

² См.: Сауляк О. П. 1) Проблемы обеспечения законности в сфере применения права. М., 2002; 2) Законность и правопорядок: на пути к новым парадигмам. М., 2009; 3) Правопорядок: контуры новых подходов к исследованию. М., 2009.

³ См.: Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук.

⁴ Клевцов С. В. 1) Идея правопорядка в юридической теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008; 2) Реализация идеи правопорядка в современной Российской государственности; и др.

⁵ См.: Рябова Е. В. 1) О понятии государственной функции обеспечения, охраны, защиты и восстановления правового порядка // Россия и регионы: правовые, экономические и социально-психологические проблемы. Материалы III межрегион. науч.-практ. конф. / под ред. Б. К. Секенова, Е. Л. Берладиной. Элиста, 2004. С. 114–117; 2) Развитие государственной функции обеспечения, охраны, защиты и восстановления правового порядка: постановка и пути решения научной проблемы // Модернизация политико-правовой системы России: прошлое, настоящее, будущее (к 140-летию Уставов Судебной реформы). Волгоград, 2004. С. 25–28; 3) Содержание функции обеспечения, охраны, защиты и восстановления правопорядка // Вестник Саратовской государственной академии права. Саратов: Изд-во СГАП, 2004. № 3(40). С. 65–72; 4) Понятие организационно-правового механизма реализации функции обеспечения, охраны, защиты и восстановления правопорядка // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. Сер. «Юриспруденция». Вып. 42. Тольятти, 2004. С. 20–38; 5) Основные черты и особенности функции обеспечения, охраны, защиты и восстановления правопорядка // Вестник Саратовской государственной академии права. Саратов, 2005. № 2(43). С. 53–58; 6) Формы и методы осуществления функции государства по обеспечению, охране, защите и восстановлению правопорядка // Защита субъективных прав: история и современные проблемы. Волгоград, 2005. С. 190–199; 7) Функция обеспечения правопорядка в период формирования правового российского государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005; 8) Функция обеспечения правопорядка в период формирования правового российского государства: монография. Волгоград, 2007. — 103 с.; 9) Обеспечение правопорядка как функция за-

Тема правопорядка привлекает внимание не только юристов, но и философов¹. Зарубежных ученых интересует, в частности, структура правопорядка².

В 2010 г. О. П. Сауляк делает вывод, что «многие аспекты современной проблематики правопорядка по-прежнему остаются дискуссионными или малоисследованными»: понятие и структура правопорядка, содержательные параметры его моделей в коллективистских и индивидуалистических социумах, принципы взаимодействия государства и институтов гражданского общества в процессе совершенствования правопорядка, характер «влияния на его облик рыночных механизмов и ценностей, социальной поляризации, зарубежного правового опыта»³. Благодаря многочисленным научным публикациям этого автора, а также других авторов, степень научной разработанности проблемы за это время серьезно повысилась.

Таким образом, тема правопорядка остается востребованной учеными — юристами (не только теоретиками и права, но и отраслевыми), можно констатировать значительное повышение интереса к проблематике правопорядка и разработке сравнительно малоисследованных сюжетов, налицо как традиционные, так и новаторские подходы и ввиду сложности и многогранности правопорядка эта тематика по-прежнему нуждается в дальнейшем анализе.

Понятие и признаки правопорядка

Понятие правопорядка тесно связано с понятием законности, однако не совпадает с ним. Правопорядок является следствием реализации принципов и требований законности. Если в обществе строго, неукоснительно соблюдаются нормы права всеми адресатами права, то результатом этого будет 100% правовой порядок.

«Правопорядок, как утверждает большинство теоретиков, — результат реализации юридических норм, проведения в жизнь принципа законности, — Так или почти так полагали Рудольф Иеринг и Георг Еллинек в Германии, Г. Ф. Шершеневич и М. Н. Коркунов в дореволюционной России. Так продолжает думать большинство современ-

конотворчества и правоприменения // Очерки теории Российского законодательства: монография. Ч. 1 / под ред. И. Н. Сенякина. Волгоград, 2009. С. 104–112; и др.

¹ См.: *Артемов В. М.* 1) Правопорядок в современном российском обществе: Концептуальные обоснования и инновации. М., 1998; 2) Правопорядок в современном российском обществе: социально-философский анализ: дис. ... д-ра филос. наук. М., 1999; и др.

² См.: *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правопорядка // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливости и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 687–702; и др.

³ *Сауляк О. П.* Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 7.

ных российских юристов, — пишет в 1995 г. Л. И. Спиридонов. — Эта точка зрения чаще всего сопрягается со схемой. В соответствии с которой государство издает юридические нормы, а реализация их обеспечивается государством, порождая порядок. В такой трактовке порядок оказывается следствием правотворческой и правоприменительной деятельности государственной власти». Ученый не согласен с таким статистическим подходом. По его мнению «генеральный путь правообразования, а стало быть, и формирования порядка иной»¹. Безусловно, сводить всех субъектов правотворчества и правоприменения к государству и государственным органам не соответствует ни прежнему, ни современному государственно-правовым реалиям.

В духе социологического подхода Л. И. Спиридонов формулирует следующее определение: «*порядок — это общественный порядок, закрепленный юридическими нормами*» и затем поясняет, что «последние не создают ни правового, ни тем более общественного порядка. Наделяя участников общественной жизни субъективными правами и обязанностями, они придают объективно сложившемуся общественному порядку юридические свойства и тем самым трансформируют его в порядок. Еще меньше оснований полагать, что порядок сотворен государством. Его роль ограничивается одним только обеспечением действительности норм права, если они по каким-то причинам в отдельных случаях не могут самоосуществиться. Иными словами, и общественный порядок, и государство, и право, и порядок суть моменты саморазвития общества»². Ценность подхода данного ученого вижу в том, что, во-первых, многие нормы, особенно дозволения, да и часть обязывающих норм мы реализуем добровольно и без всякого участия государства; во-вторых, поскольку порядок связан с юридическими нормами, а они изменяются, отменяются, принимаются новые, то изменяется и режим законности и в конечном счете и порядок. Складывается впечатление, что автор явно недооценивает роль государства и госоргана в правотворчестве и правоприменении. Основанием для такого вывода служат его рассуждения о правогенезе³ и выражение, что лишь в отдельных случаях нормы права не могут осуществиться. Это преимущественно в древних государствах законодатель санкционировал обычаи и они становились нормами права. Значение правового обычая в основных правовых семьях в настоящее время, за исключением семьи традиционного (обычного) права, мизерное. В сфере публичного права (уголовного, административного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного и др.) в современных государствах, на наш взгляд, главную роль играет не соци-

¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права: учебник. М., 1995. С. 252.

² Там же. С. 253.

³ См.: Там же. С. 252–253.

ум, а парламенты стран. Опять же в этих отраслях, к которым можно добавить земельное, налоговое, финансовое и др. Международные договоры разрабатывают представители государства, а ратифицируют или не ратифицируют опять же парламенты государств. И даже, если важнейшие документы принимают на референдуме, то разрабатывают их ученые, а референдум организует государство.

Правопорядок — состояние упорядоченности общественных отношений, основанное на соблюдении и исполнении всеми субъектами права всех действующих на территории государства норм права. Это подход В. К. Бабаева, В. М. Баранова и В. А. Толстика¹. Получается, что если хотя бы один субъект права — правонарушитель, то правопорядка уже нет? Конечно, это не так. А вот если правонарушение носит массовый характер, то можно ли в этом случае говорить о наличии правопорядка? Думаю, что можно привести сравнение с уровнями правосознания и правовой культуры: обыденный (сравнительно низкий), профессиональный (специальный — средний) и доктринальный (научный — высокий): так и уровни правопорядка могут быть разные. При массовых правонарушениях, высоком уровне преступности, низкой раскрываемости преступлений и соответственно привлечения к уголовной ответственности (за проступки — к иным видам ретроспективной юридической ответственности²) полагаю можно смело утверждать, что уровень правопорядка в данном социуме низкий, невысокий.

Правопорядок — это система правовых отношений и связей, основанных на реализации требований законности и обеспечивающих нормальное функционирование гражданского общества. Это определение В. Л. Кулапова³. Из него однозначно следует вывод, что правопорядка нет в государствах с тоталитарным режимом, ибо важная характеристика гражданского общества — это самоорганизация, самоуправление, частная собственность, предпринимательство, конкуренция, рыночная экономика, свободы и соответственно наличие различных молодежных, женских, профессиональных, религиозных и иных организаций, объединения. Предлагаю называть порядок в недемократических государствах не правовым, а юридическим (юридическим) или политико-юридическим или государственно-юри-

¹ Бабаев В. К., Баранов В. М., Толстик В. А. Теория права и государства в схемах и определениях: учеб. пособие. М., 1998. С. 192.

² См., напр.: Поцелуев Е. Л., Горбунов А. Е. Понятие ретроспективной (негативной) и перспективной (позитивной) юридической ответственности в отечественной (российской) теоретико-правовой литературе 80-х гг. XX — начале XXI в. // Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария: монография / под общ. ред. Е. А. Фроловой. М., 2020. С. 321–337; и др.

³ Кулапов В. Л. Теория государства и права: методические рекомендации для повторения курса. Саратов, 1998. С. 65.

дическим (здесь на первом месте явно государство, а не право, если оно вообще есть, то в минимальном объеме). В. М. Сырых понимает порядок как **«совокупность правоотношений, которые возникают, изменяются или прекращаются в строгом соответствии с действующими нормами права»**. Далее ученый поясняет, что порядок — это «фактический результат действия принципа законности, требования государства, обращенного к государственным органам, должностным лицам, гражданам и юридическим лицам, неукоснительно соблюдать и исполнять действующие законы, иные нормативные правовые акты»¹. В принципе согласен с маститым ученым. Но вынужден сделать ряд оговорок: а) еще не во всех современных государствах есть граждане, в монархических государствах (по общему правилу) — подданные; б) кроме граждан (подданных) есть иностранные граждане, апатриды и бипатриды, поэтому корректнее использовать термин «физические лица»; в) забыты органы местного самоуправления; г) нельзя же сводить все богатство права только к нормативным правовым актам и соответственно законность к следованию нормам в них содержащихся, а если законность понимать как следованием нормам законодательства (законы и подзаконные акты), то тогда надо использовать и более широкий термин — «правозаконность».

«**Правопорядок** — стабильное состояние (режим) правовой упорядоченности (урегулированности, согласованности, охраны и защиты) системы общественных отношений, складывающееся в условиях реализации правовых норм, принципов и требований законности». Такое определение дано О. Ф. Скакун². Законность принято рассматривать как принцип права, метод и режим. Возможно, и порядок можно рассматривать как режим, но думаю, что корректнее применительно к порядку употреблять термины «итог», «результат», по крайней мере, если считать, что порядок — это реализованная законность.

В традиционном ключе излагают материал о порядке М. Н. Марченко и Е. М. Дерябина: «Результатом реализации права в той или иной стране является *порядок*. *Порядком называется система общественных отношений, складывающихся в процессе осуществления права*. Существование порядка означает, что граждане и другие субъекты права беспрепятственно используют свои права и добросовестно выполняют обязанности, что нарушения запретов, если они совершаются, влекут восстановление нарушенных права и применение к правонарушителям предусмотренных законом

¹ Сырых В. М. Теория государства и права: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 367.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник / пер. с укр. Харьков, 2007. С. 719.

мер государственного принуждения». Далее они пишут, что «основу правопорядка составляет *правомерное поведение* граждан и *законность* действий государственных органов и должностных лиц»¹.

По нашему мнению, во-первых, надо выделять нормативную (нормативно-юридическую) основу правопорядка — действующие нормы права и фактическую (юридико-фактическую) — правоотношения, реализация права, в том числе и правоприменение; во-вторых, не надо забывать про иностранных граждан, апатридов и бипатридов; в-третьих, про муниципальные органы.

«Правовой порядок — это правовой порядок, состояние общественных отношений, запрограммированное правом. Правовой порядок можно рассматривать как цель правового регулирования, каковой является создание с помощью права и правовых средств такого порядка и такой урегулированности общественных отношений, которые служат сохранению и упрочению общественного строя. Но правопорядок есть не только цель, но итог правового опосредования — реально существующая фактическая урегулированность общественных отношений», — рассуждает Юнусов². Отметим, во-первых, что дано универсальное понятие правопорядка, которое подходит к разным странам, режимам, эпохам. Во-вторых, речь идет об урегулированности общественных отношений, видимо, нормами права, но правопорядок — это все-таки результат, итог реализации правовых норм и принципов. В-третьих, начало определения явно неудачно, это определение неизвестного через неизвестное, что недопустимо. В. М. Артемов критично подходит к устоявшемуся пониманию правопорядка как результату осуществления норм права и реализации требований законности, так как это «зауживает проблему и не позволяет выявить социальные, темпоральные и технологические его аспекты правовой устойчивости и определенности». Ученый называет правопорядок «метакатегорией», поскольку он — способ бытия права в социальном пространстве, в котором совокупность его объективированных проявлений и субъективных форм обеспечивает доминирование юридических принципов и норм обеспечивает функционирование и развитие социума, способствует его устойчивости и интеграции, позволяет разрешать возникающие социальные конфликты правовыми средствами»³. В принципе мы согласны с таким глубоким подходом исследователя

¹ Марченко М. Н., Дерябина Е. М. Теория государства и права: учебник для бакалавров. М., 2013. С. 269, 270.

² Юнусов А. А. Правопорядок, общественный порядок и права человек. С. 37.

³ Артемов В. М. Правопорядок в современном российском обществе: социально-философский анализ: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. М., 1999 <http://cheloveknauka.com/pravoporyadok-v-sovremennom-rossiyskom-obschestve> (режим доступа — 19.07.21).

и с высокой оценки места и роли правопорядка в обществе, но есть сомнения в критике В. М. Артемова «узкого» подхода к правопорядку и к тому, что не позволяет выявить социальные и темпоральные аспекты. Наши контраргументы следующие. Во-первых, традиционно правопорядок рассматривается как часть общественного порядка, нормы права как разновидность социальных норм, поэтому социальный характер права и других государственно-правовых явления не игнорируется. Во-вторых, поскольку и законность, и правопорядок связаны с правовыми нормами, которые действуют во времени и пространстве (еще и по кругу лиц), то темпоральный характер этих феноменов не учитывать невозможно. Нормы права в чем-то сравнительно стабильны (например, кража была и остается преступлением), а чем-то динамично (санкции за ту же кражу изменялись и радикально), появились новые отрасли права (экологическое, информационное, образовательное, медицинское и т.п.) или возникли международное гуманитарное право, международное уголовное право, космическое право, атомное право и др.

Авторское определение правопорядка дают А. В. Поляков и Е. В. Тимошина: «**право как система непрерывно самоорганизующихся правовых коммуникаций** — это и есть **правопорядок** как один из поведенческих **ракурсов** права. Соответственно и право существует только через правопорядок и как правопорядок»¹. Ученые ко всем государственно-правовым феноменам подходят с позиций коммуникативного правопонимания. М. И. Байтин выделяет три признака правопорядка²:

«Во-первых, правопорядок — это порядок в общественных отношениях, регулируемых правом; это внутренне согласованная система правовых отношений.

Во-вторых, это порядок, при котором государством гарантируется осуществление субъективных прав и исполнение юридических обязанностей участников правоотношений.

В-третьих, это упорядоченный посредством права, его применения и иных форм реализации подзаконный порядок в общественной жизни, ее нормальное состояние, основное содержание которого составляет правомерное поведение, практическое осуществление законности». Первый признак правопорядка. Да отчасти и второй, сформулированы М. И. Байтиным в известной мере в духе его учителя — Н. Г. Александрова. Исходя из вышеуказанных признаков М. И. Байтин предлагает следующее определение: «**Правопорядок** — это порядок в общественных отношениях, регулируемых правом, при котором гарантируется реализация субъективных прав и юридических обязанностей участников право-

¹ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб., 2005. С. 461.

² Байтин М. И. Законность и правопорядок. С. 304.

отношений, обеспечиваются их правомерное поведение, осуществление законности»¹. Р. А. Ромашов дает следующее определение интересующего нас явления: «Правопорядок — это составная часть общественного порядка — итог воплощения законности в реальные общественные отношения. Правопорядок представляет собой не должное или возможное, а фактическое состояние урегулированных правом отношений. Таким образом, *правопорядок — это фактическое состояние правовой жизни общества, которое характеризуется внутренней согласованностью, упорядоченностью системы правовых отношений, основанных на требованиях законности, а также на свободе и ответственности всех субъектов права*»². Р. А. Ромашов считает, что к признакам правопорядка можно отнести³:

- *Формальную определенность*. Правопорядок базируется на формально-определенных правовых предписаниях, реализация которых и обеспечивает определенность общественных отношений.
- *Системность*. Правопорядок это система отношений, которая основана на единой сущности права, господствующей в обществе форме собственности, системе экономических отношений и обеспечивается силой единой государственной власти.
- *Государственную гарантированность*. Существующий правопорядок обеспечивается государством, охраняется им от нарушений.
- *Устойчивость*. Правопорядок достаточно стабилен и устойчив. Попытки дестабилизации, нарушения правопорядка пресекаются соответствующими правоохранительными органами.
- *Единство*. Правопорядок основан на единых политических и правовых принципах, обеспечивается единством государственной воли и законности и является единым на всей территории страны. О. Ф. Скакун выделяет десять признаков правопорядка⁴:

«1) закладывается в правовых нормах в процессе правотворчества;
2) опирается на принцип верховенства права и авторитет закона в области правовых отношений;

3) устанавливается в результате правовых норм, то есть посредством осуществления законности в правореализационной деятельности;

4) создает благоприятные условия для использования субъективных прав;

¹ Байтин М. И. Законность и правопорядок. С. 304.

² Ромашов Р. А. Теория государства и права: конспект лекций: учеб. пособие. СПб., 2004. С. 167.

³ Там же. С. 168.

⁴ Там же. С. 168.

По первому признаку точнее будет сказать не в процессе, а в результате правотворчества. Что касается второго признака: то, видимо, профессор не признает наличие правопорядка в государствах с авторитарным и тем более тоталитарными режимами и в этом мы с ней согласны. О третьем признаке: без претворения правовых норм (именно правовых, а не просто юридических) правопорядок невозможен. Формулировка четвертого признака не бесспорна: конечно, если есть правопорядок, то субъективные права реализуются, субъекты права могут использовать нормы — дозволения, а если обязанные лица препятствуют этому или не создали для этого условия, то носители субъективного права могут использовать право требования, т.е. обратиться за защитой своего права в управомоченные на то органы, в том числе и в суд. Полагаю, что благоприятные условия создает не правопорядок, государство, государственные органы, органы местного самоуправления, руководители различных предприятий, организаций, учреждений, общественные объединения, в ряде случаев — родители или иные законные представители. О. П. Сауляк занимает довольно радикальную позицию по поводу традиционного подхода «к пониманию правопорядка как результата исключительно правомерного поведения субъектов права, реализованной законности», так как при этом «правапорядок престаает идеальным образованием, за пределами которого остаются все противоправные явления. Подобная трактовка правопорядка характеризует его нормативную (абстрактно-должную) модель. Реальный же правопорядок, складывающейся в обществе определяется всей совокупностью поведенческих актов как правомерного, так и противоправного характера, соотношением «площадей» юридической упорядоченности и хаоса, сосуществующих в рамках единого социального пространства». Автор полагает, что такое «понимание правопорядка имеет важную практическую направленность, ибо становится очевидным тот юридический потенциал, за счет которого может быть усовершенствован и укреплен правопорядок в конкретном социуме».

Ряд высказываний ученого вызывает возражения. Во-первых, при традиционном (классическом) понимании правопорядка речь идет о реализованной законности, т.е. об осуществлении действующих норм, в том числе об их применении, а, следовательно, и о юридической практике, поэтому утверждения, что при традиционном подходе правопорядок якобы «предстает идеальным образованием», «абстрактно-должной моделью» не выдерживают критики, эти утверждения явно ложные. Во-вторых, при традиционном подходе правонарушению не игнорируются, а рассматриваются или должны рассматриваться сквозь призму государственного или государственно-правового принуждения и ее виды или меры: превенция, пресечения, юридическая ответственность и правовосстановительные. Соответственно,

в-третьих, никакой практического значения подход О. П. Сауляка не имеет, так как борьба с правонарушениями, в том числе с преступлениями и оперативное и неотвратимое привлечение правонарушителей к ретроспективной юридической ответственности — это, безусловно, один из путей укрепления правопорядка и при классическом понимании этого явления. В-четвертых, вызывает опасения включения О. П. Сауляком противоправных деяний в понимание правопорядка. Представим в социуме правовой вакуум или нечто близкое к нему, например, территории в Сомали, контролируемые пиратами или местности в Афганистане, Сирии, находящиеся под контролем запрещенных в мире и РФ организаций. Или территории во время революций, гражданских войн, мятежей, восстаний, когда преступления носили массовой характер и это мы назовем правопорядком? Позволю себе сравнение: абсолютно здоровых людей нет или очень мало, но это же не значит, что болезни, заболевания надо называть здоровьем? Правонарушения ослабляют правопорядок, болезни — организм; организованная преступность, интернациональная преступность, коррупция, массовая преступность ставят под вопрос внутренний аспект суверенитета государства, говорят о патологии государственности и могут привести к смене правящей элиты, политического и государственного режимов. Смертельная болезнь приводит и может привести к летальному исходу.

Еще в 2005 г. Л. Е. Балин, И. И. Бушуев, Н. А. Лимонова, Л. С. Мельникова и Л. В. Смирнов выделили три основных подхода к понятию правопорядка: **«абстрактно-должное — идеальная модель общественных отношений, цель правового регулирования, закреплённая в действующем законодательстве; реально-сущее — состояние упорядоченности общественных отношений, возникающее в результате реализации норм права в соответствии с принципами законности; результат правового регулирования общественных отношений; качественный — степень урегулированности правом общественных отношений, их упорядоченности, организованности, устойчивости, соответствие идеалам свободы и справедливости»**¹.

Если поверить О. П. Сауляку, то в современной российской теории права доминирует идеалистический подход. Возможно, есть нотки идеализации в работах отечественных ученых, но, насколько я помню подходы российских авторов (В. В. Лазарев, В. М. Сырых и многие другие) и даже В. С. Нерсисянц связывают правопорядок с правоотношениями (а они реальность), с реализацией законности²,

¹ Теория государства и права: учеб. пособие для ВУЗов / под ред. Л. В. Смирнова. М., 2005. С. 251.

² См., напр.: Бабаев В. К., Баранов В. М., Толстик В. А. Указ. соч. С. 198; Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 719, 721, 725.

правопорядок как итог, результат законности и т.п., т.е. доминирование второго подхода. Характеристика третьего подхода вызывает сомнения, так как, во-первых, это отождествление права с правовым регулированием, т.е. с результатами правотворчества, что концептуально неверно, поскольку здесь нет ни правоотношений, ни реализации норм права, ни юридической практики... Во-вторых, выделить нужно было термины «свобода» и «справедливость», а к ним можно добавить еще «формальное (юридическое) равенство» и, действительно, получим третий подход, когда под правопорядком понимается реализация права, в котором закреплены эти принципы, а желательным еще и принцип гуманизма; реализацию правовых законов, законов, отвечающим требованиям морали (Борисов, например, и тогда среди сторонников данного подхода должны быть все представители юснатурализма, возрожденного естественного права, либертарной теории права и либертарианцы.

Соотношение понятий правового и общественного порядка

Вот что пишет по этому поводу В.Л. Кулапов¹:

1. Правопорядок складывается только на основе правовых норм, поэтому им охватываются далеко не все общественные отношения, а лишь те, которые нуждаются в правовой регламентации; общественный порядок складывается в результате реализации всех социальных норм (норм права, морали, обычаев и др.) и им охватывается вся система общественных отношений.

2. Правопорядок охраняется и обеспечивается государственно-правовыми мерами; общественный порядок обеспечивается как правовыми, так и общественными мерами, естественными навыками и привычками, силой традиции.

3. Понятие общественного порядка шире понятия правового порядка; правопорядок является ядром, основной общественный порядок.

Похожие мысли высказывает в 2007 г. украинский на тот момент времени теоретик государства и права О.Ф. Скакун: «**Общественный порядок** — состояние (режим) упорядоченности социальными нормами (нормами права, морали, корпоративными нормами, нормами—обычаями) системы общественных отношений и их соблюдение. Понятие общественного порядка шире понятия правового порядка, поскольку в укреплении и поддержании первого важная роль принадлежит всем социальным нормам. Правопорядок складывается только на основе правовых норм и вследствие этого охраняется специальными государственно-правовыми средствами. Он является важным структурным элементом правовой реальности, обеспечивает дина-

¹ Кулапов В.Л. Указ. соч. С. 65.

мично-уравновешенное состояние правовой системы»¹. О. П. Сауляк отказывается рассматривать правопорядок как часть общественного порядка. Он полагает, что если признать правопорядок частью социального порядка, то первый «предстает как дискретное явление, включающее самостоятельные сегменты четко очерченными границами, переступив которые можно переместиться из зоны правопорядка в зону порядка политического, экономического и т.д. Однако в реальности правопорядок не существует в «чистом виде», в отрыве от политического и других порядков. Социальный порядок есть целостность, которая не может делиться на части, способные функционировать независимо друг от друга. Вместе с тем, он имеет множество форм проявления, ни одна из которых не исключает любую другую. Одной из таких форм и является правопорядок»².

По моему мнению, обоснование позиции О. П. Сауляка не выглядит бесспорным, ибо любая классификация имеет определенную условность. Если следовать его логике, то не надо выделять юридические, моральные, политические, религиозные и другие нормы, так как нормы морали находят закрепление в законодательстве, а в теократических государствах священные тексты и часть их норм это одновременно религиозные и юридические нормы. Соответственно не надо тогда, следуя логике ученого, выделять политическую, правовую и другие системы. У любой системы есть внутренние связи и внешние — связи с другими системами. О. Ф. Скакун права в том, что правопорядок каждого общества раскрывается через его признаки, принципы, функции, содержание, форму и структуру³. Возможно, что можно уточнить, что сущность любого государственно-правового явления можно раскрыть через его сущностные (главные, имманентно присущие) признаки.

Соотношение демократии, законности, правопорядка

Связь законности и правопорядка с демократией⁴:

Законность и правопорядок напрямую зависят от *уровня демократии* в обществе. Укреплению законности способствуют такие проявления демократии, как народный характер власти, демократичное содержание законодательства, контроль общественных организаций и граждан за проведением в жизнь законов и т.д. В свою очередь, законность и правопорядок могут способствовать развитию и укреплению демократии.

¹ Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 718–719.

² Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 14.

³ Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 720.

⁴ Кулапов В. В. Указ. соч. С. 66.

Единство законности и правопорядка¹:

1. Законность и правопорядок являются частями единой надстрой-ки.

2. Они имеют единую цель: обеспечение организованности и нормального функционирования общества.

3. Законность и правопорядок формируются и охраняются единым государственным аппаратом и в их основе лежит единая система правовых актов.

Различия между законностью и правопорядком²:

1. Они формируются на различных этапах осуществления права: законность — это реализующееся право, а правопорядок — это уже реализованное право.

2. Законность и правопорядок имеют различные функции: законность — средство установления правопорядка, а правопорядок характеризует результативность регулирующего воздействия права.

Гарантии осуществления законности и правопорядка³

Гарантии — это совокупность условий и способов (методов), позволяющих беспрепятственно реализовывать правовые нормы, пользоваться субъективными правами и юридическими обязанностями.

В систему гарантий законности и правопорядка входят следующие:

- *экономические гарантии* — это прежде всего материальные условия жизни общества; плюрализм собственности и экономическая свобода, закрепленные в правовых актах;
- *общественные гарантии* включают в себя весь комплекс общественных мер по борьбе с правонарушениями, отступлениями от идеи законности;
- *политические гарантии* — это демократизм государственного и общественного строя, отраженный в функционировании политической системы в целом; способность населения влиять на содержание политических решений;
- *идеологические гарантии* состоят в господстве гуманистической идеологии, на базе которой развиваются духовная жизнь общества, идейное воспитание граждан;
- *юридические гарантии* — система специальных юридических средств укрепления законности и правопорядка, деятельность правоприменительных органов по предупреждению и пресечению правонарушений.

Особое значение в системе юридических гарантий обеспечения законности и правопорядка имеют: совершенство законодательства,

¹ Кулапов В. В. Указ. соч. С. 66.

² Там же.

³ Там же.

прокурорский надзор, судебный и конституционный контроль, деятельность Президента как гаранта конституционной законности в Российской Федерации. О. П. Сауляк «предлагает пересмотреть устоявшиеся в юридической науке положения доктрины «гарантий правопорядка». Под гарантиями правопорядка традиционно понимаются условия, специальные средства, меры и институты, обеспечивающие соблюдение правовых предписаний, при этом зачастую гарантии правового порядка отождествляются с гарантиями законности. Указанный подход имеет множество существенных недостатков. В частности, его сторонники «работают» с идеальным правом в идеальном правовом пространстве и не учитывают того, что имеют место злоупотребления правом, юридические ошибки и даже правовой произвол в деятельности разнообразных субъектов права, в том числе призванных осуществлять правоохранительную функцию. По мнению автора, факторы, традиционно именуемые в научной литературе в качестве гарантий правопорядка, надлежит рассматривать как детерминанты, которые в зависимости от своего качественного состояния и уровня развития могут «работать» на обеспечение правопорядка либо носить нейтральный характер, а иногда и противодействовать его становлению»¹.

Нужно отметить, что О. П. Сауляк занимает последовательную позицию по отношению к правопорядку. Если понимать под правопорядком реализованную законность, то вполне объяснимо, что гарантии законности и правопорядка во многом совпадают. Современные российские ученые не замалчивают, а исследуют, анализируют злоупотребление правом², различные деформации правосознания, правотворческие ошибки и другие негативные явления в постсоветском государстве и праве, но, вероятно, в отличие от О. П. Сауляка, не связывает это с категорией «правопорядок», хотя бы потому, что это не входило в предмет их исследования.

Солидаризируемся с позицией В. М. Сырых, который не включает в правопорядок «1) преступления иные правонарушения, грубо посягающие на права и свободы других лиц; 2) действия, которые формально соответствуют требованиям норм права, но совершаются с целью, противной правопорядку или нравственности; 3) правоотношения, совершаемые лишь для вида, без намерения создать соответствующие им правовые последствия; 4) правоотношения, совершаемые с целью прикрыть другие правоотношения; 5) правоотношения, возникнове-

¹ Сауляк О. П. Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 17–18.

² См.: Малиновский П. А. Злоупотреблением правом. М., 2000; Крусс В. И. Злоупотребление правом: учеб. пособие. М., 2010. См.: Поцелуев Е. Л. [Рец.] Крусс В. И. Злоупотребление правом: учеб. пособие. М.: Норма, 2010. 176 с. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 2. С. 240–243.

ние которых стало возможным вследствие заблуждения одной из сторон или под влиянием обмана, насилия, угрозы или стечения тяжких обстоятельств». Ученый исходит из того, что «необходимым условием правоотношений, возникающих между членами гражданского общества, между ними и государством, является их строгое требование закона, действующего законодательства»¹. Видимо, законодательство здесь понимается в самом широком смысле — как синоним права.

Пути укрепления правопорядка

По мнению профессора Ф. М. Раянова, «подлинно народное государство (правовое государство) больше внимания должно обращать внимание не на борьбу с правонарушителями, а на создание для своих граждан сопутствующих условий для правомерного поведения. Вопрос о том, при каких условиях люди совершают правомерные действия, имеет непосредственный выход к состоянию правопорядка, Общество и государство должны быть заинтересованы в том, чтобы больше правомерного поведения. Это ведет к уменьшению противоправных действий, снижает расходы государства на организацию работы с правонарушениями»². Согласен с ученым в том, что и социум и государство заинтересованы в правомерном поведении не только граждан, а всех субъектов, адресатов права; более того — заинтересованы в активном правомерном поведении. Замечу, что там правонарушения сведены к минимуму, то физическим и юридическим лицам проще, легче, привычнее соблюдать запреты, исполнять обязанности и использовать дозволения, так как на этом пути нет банд, преступных групп и преступных сообществ и т.п.

Д. А. Керимов подчеркивает исключительную важность и актуальность (написано им в 2000 г.) для упрочения режима правопорядка борьбы с преступностью. «Известно, что преступность зачастую порождает самое себя. Сокращение преступности предполагает систематическое проведение ее профилактики, чем менее всего озабочено, к сожалению, наше государство (и прежде всего его правоохранительные органы)»³.

Далее ученый цитирует К. Маркса: «Мудрый законодатель предупредит преступление, чтобы не быть вынужденным наказывать за него». Д. А. Керимов верно отмечает, что предупреждение преступлений обходится обществу «дешевле», «выгоднее». «Сутью и основной целью социального предупреждения является ее профилактика. Она представляет собой комплекс конкретных социальных мер (эко-

¹ Сырых В. М. Указ. соч. С. 371.

² Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (Юриспруденция): учебный курс. М., 2003. С. 295.

³ Керимов Д. А. Проблемы общей теории права. М., 2000. С. 53.

номических, организационных, управленческих, культурно-воспитательных и иных), осуществление с целью предупреждения преступности, сокращения количества правонарушений путем выявления и устранения причин и условий, способствующих противоправному поведению»¹. Неслучайно на первом месте среди мер государственного (государственно-правового) принуждения стоит именно профилактика (превенция) правонарушений.

По нашему мнению, пути укрепления законности и соответственно правопорядка очевидны и обусловлены их принципами функциями, поскольку это «основные направления формирования и поддержания стабильного правового состояния системы общественных отношений»². Для развития общества и государства, на наш взгляд, этого мало, оптимальный вариант — укрепление, развитие, совершенствование этого феномена. В. В. Борисов видит четыре пути укрепления правопорядка: 1) совершенные законы, 2) укрепление законности, 3) улучшение деятельности правоохранительных и правоприменительных органов и 4) развитием демократии³.

1. Если мы признаем, что правопорядок — это часть общественного порядка, часть полисистемы, в которую входят экономический, политический, моральный и другие элементы (их можно рассматривать и как системы, например, устойчивое выражение — политическая система общества), то их развитие благоприятно должно сказаться и на правопорядке.

2. Первым принципом правопорядка О. Ф. Скакун называет его социально-нормативную определенность, т.е. полное соответствие «регулируемых правом общественных отношений требованиям формально-определенных правовых норм»⁴. Следовательно, нужно повысить эффективность результатов правотворчества, особенно (применительно к федеративным государствам) федеральных законов, в первую очередь, кодексов в виду их важности, месте в системе нормативных правовых актов; качество как содержания, так и правотворческой, в том числе законодательной техники⁵. Если нормы права будут со-

¹ Керимов Д. А. Проблемы общей теории права. М., 2000. С. 53.

² Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 722.

³ См.: Борисов В. В. Правовой порядок // Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. Т. 2. С. 549.

⁴ Скакун О. Ф. Указ. соч. С. 722.

⁵ См. литературу о законодательной технике: Керимов Д. А. Законодательная техника. Научно-методическое и учеб. пособие. М., 2000; Лебедев К. К. Матричная система как основа юридической и законодательной техники // Юридическая техника: вопросы теории и истории: материалы межвуз. науч.-теор. конф. Санкт-Петербург, 17 июня 2005 г. / сост. С. В. Волкова, Н. И. Малышева; под общ. ред. Д. И. Луковской. СПб., 2005. С. 72–80; Мушинский М. А. Связь средств законодательной техники и эффективности закона // Там же. С. 81–87; Кашанина Т. В. Правотворческая техни-

ответствовать интересам, потребностям населения, будут разумными (например, в сфере налогообложения), справедливыми (оплата труда, размеры пенсий, поощрение и кара, наказание), закреплять принцип формального (юридического) равенства индивидов перед законом и судом¹, соответствовать ценностям (прежде всего нравственным)², то можно прогнозировать, что субъекты права будут следовать таким нормам, что на благо и правопорядку. Так, один из наиболее авторитетных английских специалистов в области теории права, член Палаты Лордов Деннис Ллойд еще в 1964 г. писал, что «юристу необходимо отдавать себе отчет в том, какова система ценностей современного общества, и устранять многочисленные препятствия на пути правопорядка его страны, как инструмента для достижения справедливости в рамках этой системы ценностей»³. Его замечание не устарело, да, и вряд ли устаревает, несмотря на глобализацию и интернационализацию, поскольку есть и процессы глокализации, а также сохранения собственной идентичности.

Также необходимо выявлять пробелы, ошибки, дефекты⁴ (желательно на уровне законопроектов) и оперативно устранять их. По мнению О. Ф. Скакун, наличие противоречий в действующем законодательстве и различные его трактовки на местах приводит к существованию различных правопорядков в разных регионах (областях, районах, городах) государства, что недопустимо⁵. Поэтому, на наш

ка // *Кашанина Т. В.* Юридическая техника: учебник. М., 2007. С. 137–297; *Давыдова М. Л.* Нормативно-правовое предписание. Природа, типология, технико-юридическое оформление. СПб., 2009; и др.

¹ См. подробнее о принципе 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.

² См., напр.: *Рукавишников Д. В.* Современные ценности и их влияние на правовое поведение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Новгород, 2001. С. 5.

³ *Ллойд Деннис.* Идея права /пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев; науч. ред. Ю. М. Юмашев. М., 2002. С. 131.

⁴ См., напр.: *Соколова М. А.* 1) К вопросу о деятельности по предупреждению, выявлению и устранению дефектов нормативных правовых актов как самостоятельным элементе механизма правотворчества // *Право и государство: теория и практика.* 2017. № 12. С. 9–12; 2) К вопросу о совершенствовании деятельности по выявлению и устранению дефектов нормативных правовых актов // *Ученые труды Академии адвокатуры и нотариата.* 2017. № 4. С. 42–46; 3) К вопросу о деятельности по предупреждению дефектов нормативных правовых актов в процессе правотворчества // *Закон и право.* 2017. № 12. С. 46–50; 4) К проблемам выявления и устранения дефектов нормативных правовых актов // *Обеспечение прав и свобод человека в современном мире: материалы XI Международной науч.-практич. конф. (Кутафинские чтения), Москва 22–24 ноября 2016 г.: в 4 ч. Ч. 1* /ред. колл.: В. Н. Синоков (предс.) и др. М., 2017. С. 123–128; 5) *Выявление и устранение дефектов нормативных правовых актов в механизме правотворчества: автореф. ... канд. юрид. наук.* М., 2018. 27 с.

⁵ См.: *Скакун О. Ф.* Указ. соч. С. 723.

взгляд, важна позиция высших судов страны, обобщение ими судебной практики, легальное (казуальное, а особенно — нормативное) толкование ими подобных норм, выработки ими правовых позиций. Мы убеждены в том, что наличие различных право порядков в одном государственно-организованном обществе было, есть и будет, по крайней мере, в ближайшей и среднесрочной перспективе. Это объясняется рядом факторов: 1) наличием норм права, содержащихся в нормативных правовых актах и юридических (особенно судебных) прецедентов субъектов федерации (недаром про США говорят, что там 51 правовая система, это высказывание можно экстраполировать и сказать, что там 51 право порядок, не считая право порядок Пуэрто-Рико и т.п.); 2) муниципальным нормотворчеством; 3) существованием локальных нормативных правовых актов; 4) различным уровнем правосознания и правовой культуры, например, в столицах и других городах, а тем более иных населенных пунктах, а соответственно, режимом законности, а соответственно уровнем правонарушаемости, в том числе преступности и как следствием уровнем право порядка. Если право порядок — это реализованная законность, то даже в одном вузе, но в разных структурных подразделениях на практике режим законности может иметь различия, но, конечно, на основе статистических данных (помня про латентность ряда правонарушений) о проступках и преступлениях, если таковые были можно дать общую характеристику право порядку в каждом юридическом лице, населенном пункте, субъекте федерации, стране, международных региональных организациях, международному право порядку.

Важно своевременно принимать нормативные правовые акты, нормативные договоры, санкционировать государством или другими правомоченными на то органами разумные обычаи и т.п.

Если нормы действующего права будут ясными, четкими, не будет пробелов в законодательстве или пробельность будет сведена к минимуму, как и юридические коллизии¹, то возможность однозначного толкования может резко повыситься и больше перспектив для единой реализации юридических норм, единства юридической практики в различных регионах, в том числе, что особенно важно — судебной практики. Насколько возможно, то нужно ограничить и «вал», количество принимаемых актов, поскольку отечественные и западные ученые пишут об инфляции или даже гиперинфляции в этой сфере, «сверхрегулировании», «правовом взрыве»², «правовом наводнении», юри-

¹ О юридических коллизиях и способах их разрешения см., напр.: *Денисенко В. В.* Коллизии правовых актов и способы их разрешения (теоретико-правовой аспект). Воронеж, 2005.

² См.: *Беляев М. А.* Эффективность нормативной регуляции в условиях экстенсивно расширяющейся правовой системы: диалектика количества и качества //

дификации (по мнению В. В. Денисенко, это оптимальный термин)¹, о кризисе (В. Денисенко). Один из каналов решения проблемы — увеличение доли профессиональных юристов, ученых-юристов в парламенте страны и законодательных органов субъектов федерации. Эти меры должны повысить авторитет закона и права в целом в социуме.

3. Нужно создать благоприятные условия для реализации адресатами права своих субъективных прав. Это, безусловно, характеризуется еще таким термином как «правомерное поведение», которое является необходимым условием человеческого общежития. «Совокупность правомерных поступков характеризует уровень законности и правопорядка в стране», — правильно отмечает Д. В. Рукавишников². Для этого нужно много позитивных факторов, например, наличие финансов для свободы передвижения внутри страны и поездок за границу; для покупки товаров, услуг и т.п.; для получения высшего образования на внебюджетной основе в России или учебы зарубежных вузах (в университетах Англии, США и ряда других стран такое образование платное); для посещения концертов, спектаклей и т.п.; чтобы были доступны учреждения здравоохранения, образования, культуры, органы муниципальной и государственной власти и др. Как известно, субъективное право состоит из права на собственные активные действия, право требования, право притязания и право пользования³. Поэтому, если дозволенное нормами действующего права право индивид реализовать не может, то он обращается за защитой нарушенного права в управомоченные на то органы, в том числе и в суд. В этой связи важно, чтобы субъекты права знали свои права⁴ и механизмы их защиты или имели достаточно средств, чтобы оплатить услуги адвокатов или других практикующих юристов. Кроме того, нужно, чтобы индивиды верили в реальность добиться восстановления нарушенных прав и справедливой компенсации за их нарушение. Для этого нужно вести в стране, субъекте федерации, муниципальном образовании, на предприятиях, учреждениях и организациях правовое воспитание и правовое просвещение⁵. Это тем более актуально для таких стран

Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017. С. 168–205.

¹ Денисенко В. В. Новое понимание правового регулирования в условиях юридикации общества // Эффективность правового регулирования: монография / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. С. 133–152, 143.

² Рукавишников Д. В. Указ. соч. С. 3.

³ См., напр.: Бабаев В. К., Баранов В. М., Толстик В. А. Указ. соч. С. 137.

⁴ См., напр.: Сырых В. М. Социология правовой информированности населения // Сырых В. М. Социология права: учебник. 4-е изд., доп. и перераб. М., 2012. С. 206–225.

⁵ См., напр.: Поцелуев Е. Л. От юридической грамотности к уважению права и его реализации // Право в современном мире: достижение метабезопасности как атри-

как Российская Федерация. В 2008 г. Е. В. Бестужева отмечала неэффективность, бюрократичность, несовершенство существующего в нашей стране механизма обеспечения правозаконности, низкий уровень правовой культуры государственных служащих и населения¹. Будучи президентами государства Д. А. Медведев и В. В. Путин в разное время говорили о тотальном правовом нигилизме. К сожалению, и, в настоящее время, продолжается массовое нарушение правил дорожного движения его участниками (причем, ряд из них не оплачивают штрафы и не оплачивают их вовсе не из-за отсутствия финансовых средств), сохраняются астрономические суммы задолженности по алиментным обязательствам (и дело не только в экономическом кризисе в условиях пандемии), массовое нарушение масочного режима и т.п. Получается, что эта деформация правосознания в российском обществе не канула в лету, что и понятно, поскольку правосознание и правовую культуру изменить быстро, наверное, невозможно. Е. А. Певцова и Н. Я. Соколов правильно пишут, что «лишь общими стараниями мы можем преодолеть правовой нигилизм, преступность, создать необходимые условия для развития талантов, способностей подрастающего поколения нашей страны»². По их оценке, «одной из острых проблем является проблема отсутствия должного уровня правового просвещения детей»³. Право на информацию, в том числе и юридическую имеют и несовершеннолетние, а тем более что — будущие совершеннолетние — будущие избиратели, чиновники, сотрудники правоохранительных органов и судов и др. Естественно, что вся эта работа может быть нивелирована или даже «аннулирована», если в стране бюрократизм, коррупция, если вместо независимого, беспристрастного правосудия нечто иное. Если я правильно понял из выступления кандидата юридических наук, адвоката Е. Н. Тонкова (Санкт-Петербург) в каждом втором деле по крупным экономическим спорам на судью оказывают давление, пытаются повлиять структуры публичной власти и организованные преступные группы. А к задержанным применяют насилие, жестокость и пытки. Эти высказывания прозвучали на семинаре «Возможна ли логика в праве?» 13 июля 2021 г. Статистика не подтверждает эти оценки, но понятно, что подобные преступления относятся

бута государства v. 2020: материалы Всероссийской научно-практической конференции (Екатеринбург, 15–17 сентября 2020 г.): в 3-х вып. Вып. 1 / отв. ред. М. Б. Ворошилова; Уральский институт управления — филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ. Екатеринбург, 2020. С. 117–119.

¹ См.: *Бестужева Е. В.* Современное состояние и развитие правовой законности в Российском государстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2008. С. 4.

² *Певцова Е. А., Соколов Н. Я.* Правовое просвещение в России: состояние, проблемы и перспективы развития: монография. М., 2019. С. 5.

³ Там же. С. 7.

к разряду латентных... Если решение суда или иного властного органа вступило в законную силу, то оно, конечно, должно быть исполнено. А, значит, «на высоте» должна быть, в частности, служба судебных приставов. Прокуратура обладает надзорными функциями в различных сферах.

Отсюда вывод: законность и правопорядок невозможны без правоохранительных органов и судебной системы и соответственно уровень законности и правопорядка зависит от уровня вышеуказанных институтов.

4. Для укрепления правопорядка необходимо, чтобы эффективно применялись все меры правового принуждения соответствующими лицами и структурам: меры превенции (профилактики, предупреждения) правонарушений; выявления и пресечения их; меры ретроспективной юридической ответственности и меры защиты и восстановления нарушенных прав. Это ученые относят к специальным юридическим гарантиям (средствам) законности и правопорядка и добавляю еще «процессуальные гарантии (соостязательность, возможность пользоваться услугами адвоката) и правосудие и деятельность иных юрисдикционных органов по рассмотрению дел о правонарушениях»¹. Полагаем, что можно и нужно последнюю из названных гарантий законности и правопорядка рассматривать в большем объеме: применение властными органами норм права и при отсутствии правонарушений: при правомерном поведении, например, выдаче свидетельства о рождении, паспорта, заключении брака, присвоении почетных званий, правительственных наград и т.п. или споре о том или ином праве, к примеру, авторском праве.

5. Поскольку важную роль в обеспечении правопорядка играют профессиональные юристы, практикующие юристы, то многое зависит от того какие юридические, этические и политические знания они получили за время учебы², какие компетенции у них сформированы, какими навыками они овладели и соответственно какое у них право-

¹ Теория государства и права / под ред. Л. В. Смирнова. С. 260

² См.: *Авакьян С. А.* Некоторые аспекты юридического образовательного процесса // Тенденции развития юридического образования в России: сб. тез. выступл. на конф. и ст. / под ред. проф. А. К. Голиченкова. Сост. доц. Д. Я. Малешин. М., 2006. С. 13–16; *Голиченков А. К.* Современное юридическое образование: проблемы и перспективы // Там же. С. 32–38; *Поцелуев Е. Л., Кузьмина О. В.* 1) Совершенствование юридического образования в Российской Федерации // Актуальные направления анализа права и правоправедения: проблема междисциплинарного понимания и сотрудничества: материалы девятого философско-правовых чтения памяти академика В. С. Нерсесянца / отв. ред. и сост. В. Г. Графский. М., 2015. С. 200–206; 2) Некоторые проблемы развития университетского юридического образования в Российской Федерации // Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария / под общ. ред. Е. А. Фроловой. М., 2020. С. 543–563; и др.

сознание (какие у них правовое ценности, какие установки в своей деятельности они имеют), насколько эффективно они затем повышают свою квалификацию. Во вступительном слове на научной конференции, организованной Юридическим факультетом Софийского университета имени Святого Климента Охридского совместно с Юридическим факультетом факультетом МГУ им. М. В. Ломоносова (проведена в Софии 14 марта 2019 г.) Даниел Вълчев произнес важные слова: «...проблемы, связанные с влиянием ценностно-заряженной среды права, кажутся мне все более важными. Вопрос «чему учим студентов на юридических факультетах?» приобретает дополнительную плотность, когда мы отдаем себе отчет в том, что эти студенты — будущие судьи»¹. Немецкий законодатель как раз исходит из того, что выпускники юридических факультетов университетов — это будущие судьи (хотя большинство выпускников будут не судьями), поэтому в этой стране очень жесткие требования к знаниям и навыкам к студентам этих факультетов, а тем более к тем, кто их заканчивает (имеются в виду государственные экзамены)². Конечно, опыт подготовки юристов в других странах надо изучать и анализировать, а положительный (особенно из стран романо-германской правовой семьи) заимствовать.

Заключение

Правовой порядок — это важная категория теории права, «метакатегория», поскольку опосредованно и прямо связана с другими — «право» и «законность»; «нормы права» и «правовые отношения»; «правотворчество» и «реализация права», в том числе «правоприменение»; «правосознание» и «правовая культура»; «правомерное поведение», «правонарушения» и «юридическая ответственность»; «правовое регулирование» и «юридическая практика»; «гражданское общество» и «правовое государство» и др., а также с такими понятиями как «социум», «гарантии», «функции», «структура», «конфликт» и др.

Правопорядок — это полисистема³ по сравнению с элементами, которые ее составляют, но в свою очередь он — всего лишь подсистема, часть другой суперсистемы — общественного порядка. Поэтому правопорядок, с одной стороны, зависит от других систем (подсистем, частей, элементов) общественного порядка, а с другой сторо-

¹ Вълчев Даниел. Quo vadis, Justitia? Развитие правовых систем с позиции юридических факультетов // Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария / под общ. ред. Е. А. Фроловой. М., 2020. С. 8–9.

² См.: Поцелуев Е. Л. Университетское юридическое образование в ФРГ: что можно и нужно позаимствовать? // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 5. С. 105–116.

³ «Правопорядок — это сложная динамическая система, целостная и структурированная», — правильно пишет В. В. Борисов. Борисов В. В. Правопорядок // Общая теория права. Академический курс. С. 550.

ны, он влияет на них и они, в определенной мере, зависят от него. Диалектический метод, как известно, требует рассматривать явления в развитии и во всей полноте его связей и отношений.

Поскольку порядок обусловлен с юридической точки зрения действующими нормами права, зависит от того какие по содержанию и по законодательной технике эти предписания и от того в какой мере им следуют все субъекты права, то и пути укрепления порядка связаны с совершенствованием правовых норм (они должны отвечать потребностям общества, большинства социума и учитывать, насколько это возможно, и интересы религиозных, национальных, сексуальных и иных меньшинств), быть эффективными.

С позиций легизма (в широком смысле слова), этатизма, юридического позитивизма порядок есть в любом государстве, так как право есть в любом государственно-организованном обществе и все его нормы или хотя бы часть реализуются. Ряд ученых полагают, что порядок возможен лишь в гражданском обществе и правовом государстве, поэтому порядок не может быть аморальным и несправедливым¹, а, следовательно, и нормы права не быть аморальными. Нормы права должны соответствовать принципам права, а, значит, общими (общеправовыми) принципами опять же могут быть не любые фундаментальные идеи, начала, положения и т.п., а соответствующие моральным требованиям: принцип формального (юридического) равенства, справедливости, гуманизма, свободы.

¹ См., напр.: *Борисов В. В.* Порядок // *Общая теория права.* Академический курс. С. 552.

Орехова Татьяна Романовна

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Юридическая наука о дисциплине: вопросы преемственности и развития

В настоящее время вопросы дисциплины, как самостоятельной категории научного исследования, оказались незаслуженно обделены вниманием российских ученых. Поскольку переход к рыночной экономике в нашей стране окончательно подтвердил необходимость прежде всего экономического стимулирования к труду, именно под этим углом зрения и рассматриваются в основном вопросы дисциплины. Однако остается достаточно много сфер общественной жизни, где общественная и государственная дисциплина являются необходимыми условиями безопасного и успешного развития, что требует современной трактовки самого понятия дисциплины.

В современной научной литературе можно встретить достаточно много источников, в которых поднимаются вопросы укрепления дисциплины в отдельных сферах жизни общества и государства (гражданская дисциплина, служебная дисциплина, исполнительская дисциплина, дисциплина труда и даже фракционная дисциплина¹ (в Государственной Думе), чего нельзя сказать об исследованиях на общетеоретическом уровне. В тоже время учеными, изучающими данную категорию, высказывается мнение, что такое положение (относительно разработки общетеоретических начал дисциплины) было характерно и для советской юридической науки: «Проблематика дисциплины в советской юридической литературе, к сожалению, не имеет обширной библиографии. При этом принципиально важно подчеркнуть, что данная проблема рассматривалась однобоко, соответственно природе и сущности советского государства. Социально-политическая система нашей страны того периода, как известно, характеризовалась ведущей ролью КПСС, ее основу составляла власть советов. Соответственно этому теория дисциплины в излишней степени была идеологизирована и не имела иной перспективы, кроме социалистической. Это, во-первых, а во-вторых, причина неизученности проблемы дисциплины в правовой сфере — следствие господствующих в юридической науке подходов к пониманию права. Следовательно, неразработанность

¹ Соколова А.В. Оценка фракционной дисциплины в Государственной Думе РФ: подходы к измерению // Полития. 2011. № 2 (61). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/otsenka-fraktsionnoy-distipliny-v-gosudarstvennoy-dume-rf-podhody-k-izmereniyu> (дата обращения: 14.07.2021).

рассматриваемой проблемы определяется факторами как онтологического, так и гносеологического характера. И те, и другие требуют серьезного научного анализа»¹.

Думается, что подобное замечание не точно отражает состояние советской юридической науки в части разработки понятия дисциплины, его идеологической окраски и возможности использования в качестве основы для формулирования понятия дисциплины в сфере правовой деятельности в наше время, поэтому кратко остановимся на основных составляющих ленинского учения о дисциплине и развитии этого учения в советской юридической литературе.

Основные положения о сущности, возникновении и развитии социалистической дисциплины были разработаны В. И. Лениным еще в первые годы Советской власти. После победы социалистической революции он выделил две основные задачи, стоящие перед победившим пролетариатом — в декабре 1917 года в работе «Как организовать соревнование?» он писал: «Великая смена труда подневольного трудом на себя, трудом, планомерно организованным в гигантском, общегосударственном (в известной мере и в интернациональном, в мировом) масштабе, требует также — кроме «военных» мер подавления сопротивления эксплуататоров — громадных, организаторских усилий со стороны пролетариата и беднейшего крестьянства»². Взяв политическую власть в экономически отсталой стране, руководство государства столкнулось с необходимостью укрепления экономики, организации производства на иных, социалистических началах. В. И. Ленин обращал внимание, что если введение трудовой повинности (с целью наиболее полного использования материальных и трудовых ресурсов) с ее обязательной регистрацией представителей эксплуататорских классов, строгим контролем и жесткими требованиями для богатых, представляло собой в большей степени «борьбу с эксплуататорами», то применение ее принципов к трудящимся раскрывало иную сторону деятельности. «...Задача установления трудовой повинности в этой области превращается в задачу установления трудовой дисциплины и самодисциплины»³, — писал В. И. Ленин в марте 1918 года. Он придавал большое значение дисциплине как одному из главных факторов социалистического преобразования общества, основанного на крупном промышленном производстве и требующего совместных усилий огромных масс трудящихся в деле построения социализма. В связи с этим в первоначальном варианте статьи «Очередные задачи Совет-

¹ Максакова Е. Н. Дисциплина в правовой сфере // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 6. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/distsiplina-v-pravovoy-sfere> (дата обращения: 14.07.2021).

² Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 35. С. 196.

³ Там же. Т. 36. С. 144.

ской власти» вождь пролетариата указывал, что «...создание дисциплины среди трудящихся, организация контроля за мерой труда, за интенсивностью труда, введение специальных промышленных судов для установления меры труда, для привлечения к ответственности всякого злостного нарушителя этой меры, для систематического воздействия на большинство в целях повышения этой меры, — все это ставится теперь на очередь как злободневнейшая задача Советской власти»¹. В этой же работе В. И. Ленин обратился к теоретическим вопросам возникновения социалистической дисциплины, ее отличиям от дисциплины при капитализме: «В старом капиталистическом обществе дисциплину над трудящимися осуществлял капитал постоянной угрозой голода»², социалистическая дисциплина рождается в среде самих трудящихся из числа наиболее передовых как «добровольное исполнение предписаний и распоряжений, необходимых для того, чтобы хозяйственный механизм работал действительно так, как работают часы»³. Впервые в истории дисциплина труда по своему содержанию перестала быть преимущественно частью организации производства, и оставаясь своими корнями в базисе, приблизилась к таким надстроечным категориям (в рамках марксистско-ленинского мировоззрения) как культура и демократия. Подчеркивалось, что при капитализме организующим началом является стихийно растущий национальный и интернациональный рынок, в то время как социализм требует создания новых организационных отношений, охватывающих планомерное производство и распределение продуктов. Дисциплина, таким образом, превращается из необходимой составной части производства в средство его организации и обобществления, из метода угнетения трудящихся — при повышении уровня сознания, — в форму организации социалистического общества, в метод построения производственных отношений и деятельности всего общества. Одновременно социалистическая дисциплина рассматривалась и как метод решения коренной задачи социалистической революции: повышения производительности труда. В. И. Ленин писал, что для этого требуется обеспечение материальной базы крупной индустрии и: «...во-первых, образовательный и культурный подъем массы населения... во-вторых, ... повышение дисциплины трудящихся, умения работать, скорости, интенсивности труда, лучшей его организованности»⁴. Процесс становления социалистической дисциплины виделся как объективный процесс, непосредственно связанный со строительством и укреплением социалистического государства, процесс сложный

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 36. С. 145.

² Там же.

³ Там же. С. 156.

⁴ Там же. С. 180.

и кропотливый. Дисциплина, будучи явлением классовым, приобрела, с точки зрения марксистско-ленинской теории, при социализме черты сознательности и добровольности, но тем не менее была невозможна без строгого соблюдения отношения подчинения, соблюдения общих интересов, воли большинства. В. И. Ленин писал: «Мы не ждем пришествия такого общественного порядка, когда бы не соблюдался принцип подчинения меньшинства большинству»¹. Таким образом, любая дисциплина имеет с этих позиций 2 стороны: она всегда имеет момент сознательный (добровольный) и момент принудительный. Именно сочетание этих двух моментов дает реальное содержание дисциплины в различные исторические моменты: в зависимости от содержания демократических и диктаторских начал в самом государстве. Именно в соединении этих двух начал видел В. И. Ленин решение задачи установления социалистического порядка: «Надо научиться соединять вместе бурный, бьющий весенним половодьем, выходящий из всех берегов, митинговый демократизм масс с железной дисциплиной во время труда, с беспрекословным повиновением — воле одного лица — советского руководителя во время труда»². Поэтому позднее советские ученые давали такое определение дисциплины труда: «Любая дисциплина труда предполагает беспрекословное подчинение работника руководителю процесса труда, но в социалистическом обществе данное подчинение сознательное, добровольное, исходящее из внутреннего убеждения граждан, из понимания своего общественного патриотического долга — активное участие в производстве, борьба за улучшение организации труда и повышение его производительности»³.

Становление социалистической дисциплины труда вряд ли было возможно без применения жестких мер к ее нарушителям со стороны руководителей предприятий (возможности штрафовать, увольнять, переводить на другую работу и т.д.). В этой связи уместно вспомнить такие меры «борьбы» за дисциплину сталинского времени, как признание прогулом всякого нарушения без уважительной причины рабочего времени более чем на 20 минут, как установление судебной ответственности за прогул по неуважительной причине в виде исправительных работ на срок до 6 месяцев с удержанием 25% заработка и тюремного заключения от 2 до 4 месяцев за самовольный уход с работы.

Становление социалистической дисциплины труда только начиналось, и оно не могло произойти «без тренировок, трудностей, конфликтов, без насилия по отношению к закоренелым тунеядцам и их

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 33. С. 83.

² Там же. Т. 36. С. 303.

³ Абрамова А. А. Дисциплина труда в СССР. 1969. С. 5.

прихвостням»¹. В то же самое время огромный размах приобрело социалистическое соревнование, которое также имело дисциплинирующее воздействие на трудящихся²; народное хозяйство СССР, основываясь на пятилетних планах, развивалось динамично за счет сознательного высокопроизводительного труда людей, что наиболее полно выразилось в стахановском движении. Идея сочетания принуждения (неэкономического) и убеждения в деле укрепления дисциплины на долгие годы стала ведущей, хотя надо признать, что на практике больше преобладали неэкономические формы укрепления дисциплины, а в теории стало господствовать положение, абсолютизирующее сознательную сторону дисциплины труда³.

Основной задачей II пятилетки являлось полное уничтожение капиталистических элементов и классов вообще, полное уничтожение всяких причин, порождающих эксплуатацию, преодолением в сознании людей пережитков капитализма, превращение всего трудящегося населения в сознательных активных строителей бесклассового общества. В это время изменяется соотношение общественных укладов (социалистический сектор в промышленности дополняется социалистическим сектором в сельском хозяйстве), что порождает необходимость усиления внимания к охране социалистической собственности, этот период характеризуется соответствующим этим задачам законодотворчеством — принятием Постановления ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1932 г. «Об охране имущества государственных предприятий, колхозов и кооперации и укреплении общественной (социалистической) собственности», по которому расхитители провозглашались врагами народа, а хищение имущества каралось расстрелом с конфискацией всего имущества и с заменой при смягчающих обстоятельствах лишением свободы на срок не ниже 10 лет с конфискацией всего имущества⁴.

Отличительными чертами исследований социалистической законности этого времени и всего периода 30–40-х годов можно считать необъективную оценку существующего политического положения и вытекающую из нее задачу усиления репрессий с провозглашением в то время альтернативной задачей борьбы с незаконными конфискациями, обысками, арестами и т.д. Эти же качества характеризуют и взгляды на состояние дисциплины: «... Значение советской дисци-

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 35. С. 196.

² Достаточно привести такие данные: «Весной 1929 года социалистическое соревнование охватило половину общей численности рабочих, больше 2 млн. человек, в том числе 650 тыс. металлургов, 600 тыс. горняков, 450 тыс. текстильщиков, значительную часть железнодорожников». — Правда, № 268, 1925.

³ Социалистическая дисциплина труда. Сборник документов. М., 1984, С. 148, 172

⁴ СЗ СССР. 1932. № 6. Ст. 360.

плины и государственной дисциплины в особенности, усиливается в условиях классовой борьбы, перед лицом остервеневшего врага ...»¹

Государственная дисциплина выступает как элемент социалистической законности и таким образом, борьба за ее укрепление органически включается в борьбу за социалистическую законность: «Преступная деятельность троцкистских, правых и других агентов фашистских и других разведывательных органов дает не мало примеров того, как умеют эти подлые враги народа использовать в своих целях расхлябанность, недисциплинированность, гнилую атмосферу восхваления, подхалимства и зазнайства»².

Более того, «сознательная», «добровольная» дисциплина, воспитание которой рассматривалась по сути как привилегия социализма, подменяется дисциплиной «страха», основанного не только на существовании нормативных актов, внушавших этот страх (например, Постановление ЦИК СССР «Об ответственности служащих в государственных учреждениях и предприятиях за вредительские акты» от 14 марта 1933 г.³, Постановление СНК СССР, ЦК ВКП(б) и ВЦСПС от 28 декабря 1938 года «О мероприятиях по упорядочению трудовой дисциплины, улучшению практики государственного социального страхования и борьбе с злоупотреблениями в этом деле»⁴ о признании прогулом всякого нарушения режима работы без уважительной причины свыше 30 минут, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 26 июня 1940 г. «О переходе на восьмичасовой рабочий день, на семидневную рабочую неделю и о запрещении самовольного ухода рабочих и служащих с предприятий и из учреждений»⁵ о судебной ответственности за прогул по неуважительной причине и самовольный уход с работы), но и методами работы по выявлению «контрреволюционных» заговоров, «вражеских» группировок и т.д.

В дальнейшем не только трудовая, но и воинская, партийная, государственная дисциплина сыграли важную роль в деле борьбы с фашистскими захватчиками, а потом и в деле восстановления разрушенного народного хозяйства страны. Хотя способы поддержания дисциплины во многом оставались неизменными вплоть до 80-х годов: так, например, исследователи обращали внимание, что методы наведения порядка и укрепления дисциплины в 1983 г. были ярким образцом апробирования идеологии и практики реставрации сталинизма⁶.

¹ *Вышинский А.* Новый избирательный закон и социалистическая законность, М., 1937. С. 17.

² Там же. С. 17.

³ СЗ СССР. 1933. № 19. Ст. 108.

⁴ Известия. 1939. № 7. 9 янв.

⁵ Ведомости Верховного Совета СССР. 1940. № 20.

⁶ Вопросы экономики. 1988. № 10. С. 6.

Исследование дисциплины с точки зрения исторического материализма мы находим в книге В. С. Манешина¹, где он, рассмотрев ленинские положения о дисциплине, а также опираясь на позиции советских ученых, дает следующее определение: «Дисциплина есть категория исторического материализма, обозначающая своеобразную форму общественной связи между людьми, объективно возникающую из материальных условий развития производства и необходимую для совместной деятельности людей, предполагающей единство их воли и действий, обусловленную определенным типом собственности на средства производства и характером общественных отношений; выступающей в качестве регулятора деятельности людей и их обязанностей и служащей для поддержания и соблюдения порядка, требуемого для нормального функционирования любого общества»². В своем исследовании В. С. Манешин справедливо обращает внимание при определении дисциплины и всех ее видов на такой ее существенный признак, как «общественная связь», которая выражается определенным соотношением принуждения и добровольности. Из приведенного определения видно, что дисциплина, ее требования обосновывались типом общественно-экономической формации, положением гражданина относительно средств производства, т.е. материально обусловлены. В то же время дисциплина означает единство воли и действия, т.е. прежде чем вылиться в объединенный труд, должна пройти через сознание людей, получить целевую ориентацию. Это позволяло характеризовать дисциплину как явление одновременно базисное и надстроечное, поскольку своими корнями она уходит в экономические отношения, и в то же время является частью образа жизни, содержательно характеризует деятельность государства и т.д.

Понятие «государственной дисциплины» рассматривалось также и другими авторами, но в силу его многозначности, различными исследователями (юристами, философами, экономистами, психологами) определялось по-разному, применительно к своей отрасли знания.

Подчеркнем еще раз, что в советской юридической науке дисциплина часто рассматривалась как важная составляющая социалистической законности, служащая «поддержанию и соблюдению порядка, необходимого для нормального функционирования любого общества»³. Так, Юридический энциклопедический словарь характеризует «государственную дисциплину» как «определенный порядок, согласно которому все государственные и иные органы, должностные лица обязаны неукоснительно и точно выполнять возложенные на них

¹ Манешин В. С. Дисциплина и общество. М.: МГУ, 1984.

² Там же. С. 47.

³ Там же. С. 74.

государством и его полномочными органами задачи и обязанности»¹, а более позднее издание содержит несколько иное определение: «Государственная дисциплина в СССР — точное соблюдение всеми организациями и гражданами установленного порядка деятельности государственных органов, предприятий, учреждений, организаций по выполнению возложенных на них обязанностей»².

Рассмотрение юристами государственной дисциплины ввиду специфики взгляда на ее содержание также сводилось в основном, к признанию того, что государственная дисциплина — подчинение определенному порядку, установленному государством³, или выполнение определенных обязанностей перед государством⁴.

По-разному авторами определялся и круг субъектов государственной дисциплины, по аналогии с социалистической законностью одни считали граждан субъектами государственной дисциплины⁵, другие относили к ним только государственные органы, предприятия, организации и должностных лиц⁶.

По существу, позиция того или иного автора по этому вопросу сказывалась на последующем включении или не включении трудовой дисциплины в перечень разновидностей государственной дисциплины, поскольку требования трудовой дисциплины касаются всех работников, являются ли они должностными лицами или нет (в соответствии со ст.2 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде «соблюдение трудовой дисциплины, бережное отношение к народному добру, выполнение установленных государ-

¹ Юридический словарь. Т. 1. М., 1956, с. 263.

² Юридический энциклопедический словарь. М., 1984, с. 85.

³ *Пугинский Б. И., Шестакова М. П.* Законность и дисциплина в хозяйственной деятельности. М., 1987, с. 5. Социалистическая законность и государственная дисциплина. Наука, 1975, с. 15. 70 лет Советского государства и права. ЛГУ, 1987, с. 190. Теория государства и права. МГУ, 1987, с. 372. Теория государства и права. ЛГУ, 1987, с. 455. *Тимохин М. Н.* Укрепление социалистической дисциплины труда. М., 1986, с. 16.

⁴ Государственная дисциплина и социалистический правопорядок. М., 1985, с. 14. *Жилинский С. Э.* Деятельность КПСС и Советского государства по укреплению социалистической законности. М., 1983, с. 89. *Кечекьян С. Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1986, с. 67. *Корельский В. М.* Все начинается с дисциплины. М., 1985, с. 8. *Кряжов В. А.* Государственная дисциплина и возрастание ее роли в условиях развитого социализма. Свердловск, 1977, с. 6. *Чхиквадзе В. М.* Государство. Демократия. Законность. М., 1970, с. 387.

⁵ 70 лет Советского государства и права, с. 190. Социалистическая законность и государственная дисциплина, с. 15. *Корельский В. М.* Указ соч., с. 8. Государственная дисциплина и социалистический правопорядок, с. 14 и др.

⁶ *Лебедев М. П.* Государственные решения в системе управления социалистическим государством. М., 1874, с. 289. *Лунев Е. А.* Законность и государственная дисциплина в народном хозяйстве. Москва, 1976., с. 5. *Чхиквадзе В. М.* Указ. соч., с. 389.

ством с участием профсоюзов норм труда составляют обязанность всех рабочих и служащих»).

Поскольку требования дисциплины труда были установлены в законодательном порядке, да и сама обязанность трудиться являлась конституционным требованием (ст. 60 Конституции СССР), т.е. исходила непосредственно от государства, логично было бы включать трудовую дисциплину в структуру государственной дисциплины в целом. К тому же отправным моментом для такой точки зрения могла служить ленинская характеристика социалистической дисциплины прежде всего как дисциплины объединенного труда, дисциплины объединенных организованных рабочих и крестьян всей России¹.

Поэтому, очевидно, что, субъектами государственной дисциплины можно было бы считать и граждан, а трудовую дисциплину рассматривать как разновидность государственной. Вероятно, исходя из этого и В. С. Манешин не разделял эти понятия.²

Дисциплина, как исторически обусловленная категория, объективно присуща любому совместному, коллективному труду. К. Маркс указывал (и это никак не связано с идеологической окраской термина), что люди в процессе производства вступают в общественные отношения и связи друг с другом, которые требуют определенной согласованности их деятельности, дисциплины труда³. Однако, дисциплина, будучи связана с напрямую с типом социально-экономической системы, приобретая при определенных условиях черты сознательности и добровольности, тем не менее не возможна без строгого соблюдения отношения подчинения, соблюдения общих интересов или воли большинства.

Любая дисциплина имеет две стороны — она всегда имеет момент принудительный и момент сознательный, добровольный. И именно сочетание этих двух моментов дает реальное содержание дисциплины в различные периоды исторического развития в зависимости от сочетания демократических и диктаторских начал в самом государстве; рассмотрение дисциплины только как подчинения определенному порядку, правилам, воле руководителя значительно принижает роль инициативы трудящихся, их сознательного и добровольного следования существующим правилам. Поэтому, например, А. А. Абрамова (автор советской эпохи) давала такое определение дисциплины труда: «Любая дисциплина труда предполагает беспрекословное подчинение работника руководителю процесса труда, но в социалистическом обществе данное подчинение сознательное, добровольное, исходящее из внутреннего убеждения граждан, из понимания своего

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 36. С. 385.

² Манешин В. С. Указ. соч. С. 20–26.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 23.

общественного патриотического долга — активное участие в производстве, борьба за улучшение организации труда и повышение его производительности»¹.

Исходя из необходимости подчеркнуть оба момента в определении дисциплины, многие исследователи советского времени различали дисциплину в объективном и субъективном смыслах, имея в виду под первым формальную сторону (наличие правил, регулирующих отношения в процессе совместной деятельности, определенный порядок, установленный государством), и под вторым фактическую (соблюдение этих правил на деле)².

Под государственной дисциплиной, таким образом, понималась система требований выполнения предписаний, исходящих от государства и установленных нормативными и ненормативными актами; распространяющихся на общественные отношения, одной из сторон в которых выступает государство в лице его органов и должностных лиц.

В условиях радикальной реформы управления народным хозяйством, перестройки всего хозяйственного механизма, расширения демократических начал во всех сферах общественной жизни на рубеже 80-х годов, традиционные понятия государственной дисциплины и социалистической законности не могли остаться неизменными.

Время породило возникновение таких разновидностей государственной дисциплины как «дисциплина поставок», «дисциплина перестройки», «самодисциплина» и др., изменился курс партии, народное хозяйство получило новые импульсы развития, изменились формы организации производственного процесса.

В условиях курса на перестройку на воспитание самодисциплины³ было ориентировано движение за коллективную гарантию трудовой и общественной дисциплины, одобренное соответствующим Постановлением ЦК КПСС⁴. Предполагалось, что в условиях, когда весь коллектив по добровольному согласию всех его членов отвечает за нарушения отдельного работника, отказываясь от части материального вознаграждения, повышается не только чувство ответственности за собственную работу, но и усиливается внимание коллектива к работе каждого. Пере-

¹ *Абрамова А. А.* Дисциплина труда в СССР. М., 1969, с. 5.

² См., например, *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. М., 1948, с. 120. *Корельский В. М.* Дисциплина в развитом социалистическом обществе и пути ее укрепления. М., 1982, с. 4–5. *Ямпольская Ц. А.* Социалистическая законности в советском государственном управлении. М., 1948, с. 45.

³ Под самодисциплиной, которой большое значение придавал В. И. Ленин, здесь понимается не только дисциплина, обращенная внутрь человека, характеризующая отношение данного человека к труду, но и как требование коллектива к каждому своему члену.

⁴ Правда. 1987. 4 мая.

ход к экономическим рычагам воздействия, таким образом, должен был способствовать не только повышению инициативы, активности каждого гражданина, но и развитию социалистической предприимчивости, которая понималась как «самостоятельность и нестандартность хозяйствующих субъектов во всех сферах общественно-экономической жизни; новаторство и новизна в достижении целей социально-экономического развития с опорой на собственную инициативу в противоположность исполнительской»¹ дисциплине. Подчеркивалось, что в текущий момент нужна «не дисциплина кулака, а дисциплина заинтересованная, осознанная и демократическая, что не страх, а экономические стимулы и гражданская совесть должны быть побудительными стимулами к работе»², при этом объективное и субъективное сливаются в действиях людей, дисциплина превращается в самодисциплину.

Кроме того, на воспитание чувства дисциплины и самодисциплины в значительной мере было нацелено повышение материальной заинтересованности в результатах своего труда, выражающихся не только в повышении заработной платы, но и в получении других благ. Так, например, состояние трудовой, производственной дисциплины среди кандидатов в члены МЖК значительно отличалось от состояния ее в среднем по предприятиям.³ Таким образом, сознательность и добровольность ответственного отношения к делу подкреплялось дополнительно материальными стимулами.

Время перестройки породило и такое новое понятие, как «дисциплина перестройки», под которой понималось соблюдение требований, составляющих суть реформ в нашей стране.

Вероятно, в этом ключе дисциплину перестройки можно рассматривать как «государственную дисциплину в сложившихся условиях» или, во всяком случае, как важнейшую составную ее часть, охватывающую все виды дисциплины (производственную, плановую, трудовую, финансовую и т.д.).

Следует отметить, что КПСС в своих документах нацеливала каждого гражданина на создание обстановки высокой требовательности, твердой дисциплины и организованности, нетерпимости к любым нарушениям закона понимая, что «голое» администрирование пагубно, что борьба за укрепление законности и дисциплины — неотъемлемая часть воспитания кадров, формирования в людях таких качеств, как честность и неподкупность, скромность и порядочность, неразделимость слова и дела, что по-настоящему действительна и плодотворна

¹ Горланов Г. В., Карпов В. В., Рязанов В. Т. Социалистическая предприимчивость. 1988, С. 6.

² Правда. 1988. 6 ноябр.

³ Карелова Г. Повышается трудовая и социальная активность // Социалистический труд. 1987. № 6. С. 39–44.

не слепая, бездумная исполнительность — проявление бюрократизма, а дисциплина сознательная, не уклоняющаяся от смелого поиска, разумного риска в интересах дела. Свою задачу партия видела в том, чтобы «воспитывать у всех советских людей убежденность в том, что прочная законность, сознательная дисциплина являются неотъемлемой частью нашей демократии, дальнейшее развертывание которой активно способствует развитию всех сторон экономической и социально-политической жизни советского общества»¹.

Таким образом, содержание понятия «государственная дисциплина» значительно менялось в ходе процессов развития общественного производства, дальнейшей демократизации нашего общества, развития самоуправления и т.д., что отражалось и в литературе обществоведческого характера. Если подвести итог и «отметить» идеологические характеристики, то основные черты дисциплины с точки зрения советской науки сводились к следующим: 1) дисциплина — это общественная связь между людьми, 2) объективно присущая любой совместной деятельности людей; 3) дисциплина — это один из главных факторов преобразования общества; 4) дисциплина должна гармонично соединять в себе момент сознательный (добровольный) и принудительный; сочетание инициативы и подчинения; 5) дисциплина всегда означает подчинение порядку, поэтому тесно связана с законностью и правопорядком. Эти черты характерны, как представляется, для дисциплины в любом обществе и государстве.

Современный взгляд на государственную дисциплину невозможен без учета изменений, которые произошли, в том числе, в теории государства и права, и прежде всего во взглядах на понятие и социальное назначение отечественного государства и права, понятие демократии, приоритетах государства, особенностей взаимодействия государства и рынка. Можно отметить работы, в которых предпринимается попытка определить место дисциплины в правовой сфере², наполнить особым содержанием понятие «исполнительская дисциплина»³, свя-

¹ Постановление ЦК КПСС «О дальнейшем укреплении социалистической законности и правопорядка, усилении охраны прав и законных интересов граждан», — Правда. 1986. 30 нояб. С. 1.

² *Максакова Е. Н., Халифаева А. К.* Проблема применимости различных методологических подходов к исследованию дисциплины в правовой сфере // Вестник Московского университета МВД России. 2019. № 7. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problema-primenimosti-razlichnyh-metodologicheskikh-podhodov-k-issledovaniyu-distipliny-v-pravovoy-sfere> (дата обращения: 14.07.2021).

³ *Гончаров В. В.* Повышение исполнительской дисциплины в системе исполнительной власти как необходимое условие ее оптимизации // Проблемы экономики и юридической практики. 2009. № 5. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/povyshenie-ispolnitelskoy-distipliny-v-sisteme-ispolnitelnoy-vlasti-kak-neobhodimoe-uslovie-ee-optimizatsii> (дата обращения: 14.07.2021).

зять понятие дисциплины с естественно-правовым подходом, выделив такое свойство дисциплины как толерантность, понимаемая «как цивилизованная форма реагирования социальных субъектов на несоответствие интересов и различие позиций сторон договорных отношений»¹, утверждается, что: «Толерантное отношение к проявлениям другого, иного — это та культурная норма, которая приумножает и улучшает результаты социального сотрудничества и общечеловеческого общения и, как следствие, способствует укреплению дисциплины»².

Хотелось бы обратить внимание и на то обстоятельство, что часто дисциплина понимается как одностороннее формальное подчинение, без учета моральных стимулов для исполнителя (работника или подчиненного на основе иных отношений), человеческих отношений, которые определяют атмосферу, в которой происходит сотрудничество. Так, например, в исследовании Высшей школы экономики 2019 года указывается, что: «Грубое отношение к своим подчиненным практикуют, по оценкам Высшей школы экономики, около половины руководителей в частных и государственных компаниях России — в той или иной степени 56% опрошенных сталкивались с этим явлением. Чаще всего сотрудников принуждают к неквалифицированной работе, внезапным нововведениям и «публичным поркам». Потери от этого стиля менеджмента для экономики России можно оценить в \$2 млрд в год — в мире уже научились оценивать потери в производительности труда, расходы на медицинскую и психологическую помощь наемному персоналу компаний и потери компаниями квалифицированных кадров»³. «Регулярные практики унижения, подавления подчиненных и проявление оскорбительного и грубого отношения к ним»⁴, хотя и не запрещены законом, но влияют на производительность труда, инициативу исполнителя, желание привнести творческое начало в процесс производства, модернизировать организацию трудового процесса и т.д., не говоря уже о «выгорании» сотрудников, стрессы, проблемы со здоровьем и финансовые затраты на его восстановление.

¹ Ровный В. В. Актуальные проблемы договорного права. Иркутский государственный университет, Юридического институт. Иркутск, 2016.

² Максакова Е. Н., Халифаева А. К. Проблема применимости различных методологических подходов к исследованию дисциплины в правовой сфере // Вестник Московского университета МВД России. 2019. № 7. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problema-primenimosti-razlichnyh-metodologicheskikh-podhodov-k-issledovaniyu-distipliny-v-pravovoy-sfere> (дата обращения: 14.07.2021).

³ Газета «Коммерсантъ». 2019. № 19. 2 февр.

<https://www.kommersant.ru/doc/3872959?query=%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%B1%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%8C%20%D0%BD%D0%B0%D1%87%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B0>

⁴ Там же.

В этой связи уместно было бы сказать, что если рассматривать дисциплину как общественную связь, то если со стороны работника требуется подчинение, то, с другой стороны, необходимо уважение к подчиненному, если подчиненный, в свою очередь, не уважает руководителя, сложно рассчитывать на его инициативу и сознательность. В широком плане это можно отнести и к государству и обществу в целом: уважение государства к своим гражданам должно пронизывать не только конституционные нормы, но и любые обращения государственных служащих к обществу, а не опираться на «дисциплину страха» (как это происходит с «добровольно-принудительной» вакцинацией в РФ).

Представляется, что актуальной в наши дни является разработка вопросов дисциплины как минимум в трех направлениях: наряду с трудовой деятельностью, необходимо уделять внимание проблемам общественной дисциплины (например, в рамках проведения общественных и массовых мероприятий, в деятельности общественных организаций, в неорганизованной общественной деятельности, в том числе в электронных системах общественных коммуникаций) и, конечно, дисциплине в сфере нормотворчества, государственного и муниципального управления. Практика общественной жизни дает тому много оснований. Достаточно упомянуть о невыполнении в срок майских указов Президента РФ, нарушениях бюджетной дисциплины и нарушений, касающихся выплаты зарплаты в бюджетной сфере, многочисленных нарушениях в сферах банковской и финансовой. Обращает на себя внимание и тот факт, что субъектом нарушений дисциплины становятся не столько граждане, сколько должностные лица самого разного уровня, руководители среднего и высшего звена.

Многочисленные ссылки на мифический «человеческий фактор» при возникновении техногенных аварий в ЖКХ, на транспорте, при падении самолетов и космических ракет, возникновении пожаров и иных чрезвычайных ситуаций, по сути, сигналият о нарушениях производственной и технологической дисциплины, поэтому дисциплина, безусловно, должна рассматриваться в настоящее время не только как условие успешного развития конкретных организаций и предприятий, но и как условие эффективного управления государством в целом и гарантия общественной безопасности.

Наталья Киселова

*доцент кафедры конституционно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Отсутствующий компонент: программа управления болгарским правительством

После падения Берлинской стены в Центральной и Восточной Европе начался переход к либеральной демократии и рыночной экономике. В Болгарии эти перемены нашли нормативное выражение в новом Основном законе, принятом в 1991 году. В Конституции болгарское государство самоопределилось как демократическое, социальное и правовое. Форма государства: унитарная республика с парламентским управлением. «Парламентское управление» — это форма управления конституционной демократии, при которой исполнительная власть исходит от законодательной и ответственна перед ней¹.

Дилемма перед выбором президентского или парламентского управления² решена в пользу парламентаризма в 1991 г.³ минимум по трем причинам. Почему? Первая причина состоит в том, что парламентская демократия является несбыточной мечтой болгарского общества на протяжении всего периода действия Тырновской конституции (1879–1944 г.), включительно и в периоды приостановки ее действия. Нереализованные стремления в прошлом, связанные с идеалами и ценностями парламентской демократии, подталкивают депутатов 7-го Великого Народного собрания к тому, чтобы искать демократические связи с возрождением болгарской государственности. В 1990 г. для обсуждения⁴ представлены 15 завершенных конституционных проектов. В каждом из них прямо или косвенно усматривается парламентская форма управления⁵.

¹ *Epstein L. D. Parliamentary Government. — International Encyclopedia of the Social Sciences. Ed. by D. L. Sills, N. Y., 1968, vol. 11, p. 419.*

² *Linz J. Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? — Juan J. Linz and Arturo Valenzuela (eds.). The Crisis of Presidential Democracy: The Latin American Evidence, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994, p. 7; Linz J. The Virtues of Parliamentarism // Journal of Democracy, 1990, vol. 1, No. 4, 84–91.*

³ *Леўнхарп А. Конституционные альтернативы для новых демократий // Политология: хрестоматия / сост. Василик, М. А., Вершинин, М. С., М.: Гардарики, 2000, 421–434.*

⁴ См. *Българските конституции и конституционни проекти / съставители: В. Методиев, Л. Стоянов. 2-е изд., прер. и доп. С.: ИК “Петър Берон”, 2003, 242–542.*

⁵ Анализ текстов, которые регулируют основные начала внесенных проектов, показывает, что на первом месте среди бесспорных положений, стоит республиканская

Вторая причина состоит в том, что Болгария и другие европейские страны в прошлом осуществляли переход от недемократического к демократическому управлению и предпочитали парламентаризм. Принятие конституционной модели такого типа обусловлено необходимостью широкого участия различных социальных групп в формировании государственной политики в условиях зарождающегося политического плюрализма. В 70-е годы XX-го в. это Испания, Португалия и Греция, отвергнувшие авторитарные диктатуры. На протяжении всего 1989 г., и особенно в последние его месяцы, в странах Центральной и Восточной Европы начинаются события, которые ставят начало продолжительного периода глубоких общественно-экономических и политических перемен, которые по своему масштабу носят характер демократической революции¹. Это революции, которые ставят перед собой задачу разрушить существующие политические и экономические структуры, ликвидировать тоталитарные режимы, которые ограничивают или нарушают права и свободы граждан, также и утвердить общепринятые в мире принципы либеральной парламентской демократии.

Третья причина, по которой предпочтено парламентское управление, состоит в том, что при принятии Конституции в 1991 г. есть стремление к сближению со странами Европейской общности (позже Европейского союза). Три десятилетия после падения коммунистического режима в странах Центральной и Восточной Европы доминирующей формой государственного управления являлась парламентская (исключениями являлись Франция и особенный способ управления на Кипре). Идентичное или схожее конституционное регулирование центральных государственных органов — парламента и правительства в различных политических конфигурациях в отдельных странах-членах ЕС помогает их совместному сожительству и функционированию Союза как политической организации.

В странах Центральной и Восточной Европы новое конституционное регулирование не является продуктом эволюционного развития² (кроме Чехословакии до ее оккупации Гитлером в 1938 г.), а реакцией на предыдущий политический режим и систему управления³.

форма государственного управления. Это отражено в первом тексте всех проектов. В ряде предложений используется и прилагательное “парламентарная”, чтобы подчеркнуть модель республиканизма. В других проектах посредством толкования можно вывести, что и они воспринимают данную конституционную форму государственного управления, без того, чтобы прямо упоминать, что оно парламентское. См. Приложение. Конституционные проекты, представленные в Великом Народном събрание на Република България / съставители: Мл. Червенияков, Г. Атанасов и В. Дончев // *Танчев Е.* Въведение в конституционно право, ч. I, С.: Сиби, 2003, 431–477.

¹ История государства и права зарубежных стран. Ч. II, М.: Норма, 2004, с. 412.

² *Танчев Е.* Въведение в ..., 221–222.

³ См. *Constitutions in Democratic Politics*. Ed. V. Bogdanor. Aldershot, 1988, 7–9.

У конституционного регулирования парламентского управления в Болгарии есть ряд особенностей¹ и отклоняется от постулатов “традиционного парламентаризма”². Одну из особенностей можно наблюдать в процедуре формирования Правительства. У нас процедура формирования Правительства отличается, если сравнивать ее с другими парламентскими моделями европейских стран, и раскрывает несколько существенных различий. В следующем изложении они будут раскрыты посредством его фрагментации.

Как правило, в странах с парламентской формой управления формирование правительства находится в прямой зависимости от результатов общих выборов, соответственно, от соотношения представленных в парламенте политических партий и коалиций. Абсолютно необходимым условием для создания правительства является наличие парламентского доверия к нему, независимо от того, воспринята ли система “позитивного” или “негативного” парламентаризма. Процедура по формированию правительства Болгарии может быть отнесена к категории “позитивного парламентаризма”³, ибо предвидено, что Парламент “выбирает и освобождает премьер-министра и по его предложению — Правительство (статья 84, пункт 6, предл. первое Конституции).

Процедура формирования правительства состоит из двух основных фаз — “предварительная” и “парламентская”⁴. В рамках предварительной фазы президент республики полагает начало процедуры, приводя в движение механизм по созданию правительства. Он проводит консультации с представленными в Парламенте политическими силами и предоставляет кандидату в премьер-министры, выбранный самой большой по численности парламентской группой, исследовательский мандат для формирования правительства (статья 99, часть 1 Конституции). Консультации, которые проводит государственный глава, носят политический характер, их предназначение состоит в том, чтобы предоставить возможность отдельной парламентской группе

¹ Киселова Н. Някои особености на българския конституционен модел // *Theo Noster*. Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков, С.: УИ “Св. Кл. Охридски”, 2014, 308–320.

² Модель парламентской демократии, установленная Конституцией 1991 г., определяется как гибридный, асимметрический и динамический. См. *Близнашки Г.* Моделът на парламентарно управление в България // *Правна мисъл*, № 1, 1996, 3–4; *Киров Пл.* Президентът в българския конституционен модел. С: Сиби, 2004, с. 118.

³ *Близнашки Г.* Парламентарното управление в България. С.: УИ “Стопанство”, 1995, с. 62.

⁴ См. *Близнашки Г.* Парламентарното управление в България. УИ “Стопанство”, 1955. С. 95–97; *Киров Пл.* Същност и форми на парламентарен контрол. С.: Фондация “Свободна Инициатива”, 1994. С. 32–36.

предложить своего представителя как возможного кандидата на должность премьер-министра или выразить свои предпочтения по поводу коалиционного сотрудничества. В ходе консультаций президент республики может выражать различные соображения и делать соответствующие внушения, но он не располагает свободной инициативой, так как решающее слово остается за политическими силами. В соответствии с “неписанными” правилами парламентаризма государственный глава связан с результатами выборов при соотношении сил в парламенте. В этом смысле президенту республики отведена посредническая роль в процедуре по формированию правительства.

При неудаче составить в семидневный срок Правительство представителями самой большой политической силы, исследовательский мандат возлагается на “вторую по численности” парламентскую группу, в случае новой неудачи, президент предоставляет возможность “некоторой из следующих” парламентских групп предложить кандидата в премьер-министры. (статья. 99, часть 2 и часть 3 Конституции). В определенных критических ситуациях, когда основные политические силы не в состоянии составить правительство, роль государственного главы усиливается и приобретает характер “активного посредничества”, в ходе которого изыскиваются возможности формирования нового парламентского большинства, подходящее для создания правительства. Если дойдет до безвыходной ситуации, после того, как были использованы все конституционные возможности, президент республики назначает служебное правительство и распускает парламент.

Когда исследовательский мандат успешно завершен, то есть предварительные исследования дадут благоприятный результат и кандидат предоставит состав будущего правительства, государственный глава делает официальное предложение Парламенту выбрать премьер-министра (статья 99, часть 4 Конституции).

В парламентской фазе осуществляется выбор премьер-министра, и впоследствии по его предложению в соответствии с так называемым “командным принципом” выбирают состав правительства целиком (статья 84, пункт 6 Конституции). Во второй парламентской фазе впечатляют такие процедурные элементы, которые сочетают стремление в формировании правительства, подкрепленное парламентом, коллективной сущностью кабинета и непоследовательным введением в конституционную процедуру рационализации болгарского парламентаризма.

Процедура образования правительства определяется как “коллективная инвестирующая”, так как Парламент произносится по составу правительства как коллективного тела. Данное обстоятельство придает процедуре классическую окраску, но в то же время ограничивает возможности премьер-министра руководить эффективно правитель-

ством и при необходимости единолично предпринять изменения в его составе. В большинстве случаев современные парламентские системы предпочитают так называемую “личную инвестицию”, в которой подчеркивается ведущая роль и место премьер-министра как главы исполнительной власти¹.

У нас процедура осложнена требованием двукратного персонального голосования. В начале одобрения премьер-министра, а после этого — по его предложению и состав Правительства “en bloc”, как результат этих голосований достигается формирование правительства. Процедура раздельного голосования не может быть конституционно оправданной, потому что депутаты поставлены перед альтернативой: или одобрить, или отбросить целиком сделанное предложение о составе Правительства. Депутаты не в состоянии выразить категорическое отношение к отдельным кандидатам, а только к премьер-министру и после этого к предложенному им составу правительства. В более обобщенном плане можно отметить, что в случае речь идет о так называемом “позитивном парламентаризме”², в котором Парламент явно и недвусмысленно произносится по составу Правительства³.

Роль президента республики в этой процедуре сильно ограничена⁴. Она сводится к запуску механизма, посредничество в начальной первой фазе, при политических консультациях и передаче исследовательского мандата. В рамках подробно урегулированной процедуры в статье 99 Конституции действия президента осуществляются в строгом соответствии с результатами парламентских выборов и соотношением сил в представительском собрании. Он лишен классического полномочия государственного главы назначать и освобождать от должности членов правительства. В парламентской практике в мире предлагаются две основные схемы реализации данной процедуры. При одной из них государственный глава назначает правительство, после чего просит “вотум доверия” от парламента. При другой процедуре государственный глава делает только предложение перед парламентом, где кандидат в премьеры ищет “вотум инвестиции”, а назначение осуществляется впоследствии. В более

¹ См. *Jeanneau B.* Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1991, p. 104.

² *Bergman T.* Formation rules and minority governments // *European Journal of Political Research*, No. 23(1), 1993, January, 55–66; *Bergman T.* Constitutional Design and Government Formation: The Expected Consequences of Negative Parliamentarism // *Scandinavian Political Studies*, No. 16 (4), 1993, December, 285–304; *De Winter L.* The Role of Parliament in Government Formation and Resignation // *Parliaments and Majority Rule in Western Europe* New York: St. Martin’s Press, 1995, 115–151.

³ См. *Fusilier R.* Les monarchies parlementaires, Paris, 1960, p. 227.

⁴ См. *Киров Пл.* Президентът в българския конституционен модел. С.: Сибир, 2004, с. 131.

обобщенном контексте данное полномочие, пусть и уже получившее в основном номинальный характер, гарантирует каналы для коммуникации между главой государства и правительством. В Болгарии данное взаимодействие между двумя институциями в значительной степени затруднено.

Самым существенным элементом является то, что для политической программы управления правительством или только для программной декларации о политике, которую кабинет вознамеревается проводить, не нашлось места в процедуре по его формированию. В определенном смысле основная миссия парламента при гибком разделении властей состоит в том, чтобы поддерживать правительство, для того, чтобы оно сумело реализовать свою политическую программу, благодаря которой пришло к власти. Наше внимание обращено к персональному составу и не акцентируется на политике, которой будет следовать будущее правительство. Необходимо подчеркнуть, что в контексте парламентского управления программа правительства является ключевым моментом, так как в ней очерчены политические цели и средства для их достижения, объявлены законодательные намерения в отдельных сферах общественной жизни, которые реализуются как секторные политики.

Посредством своей программы правительство принимает ясное и недвусмысленное публичное обязательство в связи со своей будущей деятельностью и таким образом политика, которой оно придерживается становится “открытой” и подлежит парламентскому контролю. Программа управления страной является основой для отношений доверия между правительством и парламентом. В текущей национальной практике программы кабинетов или принимались актом правительства (решением) или являлись предвыборной платформой выигравшей выборы партией. В данном случае их обсуждения не зависят от востума доверия. В будущем целесообразным будет, чтобы обсуждения программы правительства занимало центральное место в процедуре его формирования и в конституционном тексте будет предвиден разумный срок, в котором премьер-министр будет вносить в парламент программу управления своего правительства (статья 99 в связи со статьей 84, пунктом 6 и пунктом 7 Конституции). А в последствии правильнее, чтобы каждый “поворот” в правительственной политике сопровождался соответствующими программными заявлениями и постановке вопроса о доверии перед парламентом.

Программа управления правительством нашла место в другой процедуре — последующей проверке на наличие доверия в парламентских кругах к кабинету. Программа управления присутствует в качестве основания в просьбе о востуме доверия (статья 112, часть 1 Конституции) и косвенно в просьбе о востуме недоверия (Решение № 20/ 1992 г. о тол-

ковании статьи 99 Конституции, Обн., ГВ, №. 1 от 5 января 1993 г.¹). Вопреки конституционному регулированию, организации и деятельности Правительства сохраняет молчание относительно одного из трех оснований запуска процедур о вотуме доверия и вотуме недоверия к кабинету².

¹ См. Решение № 6 / 2011 г. Конституционного суда (Обн., ГВ, № 39 от 20.05.2011) в связи с просьбой об установлении неконституционности статьи 98 Регламента об организации и деятельности Парламента. (Обн., ГВ, № 58 от 27.07.2009, изм. ГВ, бр. 60 от 30.07.2009, Решение № 11 Конституционного суда Республики Болгария от 03.12.2009 — № 98 от 11.12.2009, доп., ГВ, бр. 100 от 15.12.2009, изм. и доп., ДВ, бр. 43 от 08.06.2010, в силе с 08.06.2010). Решение конституционной юрисдикции анализирует вотумы доверия и недоверия и дает оценку аналогичному приложению предосторожного шестимесячного срока и в гипотезе статьи 112 Конституции, когда правительство прошло через успешный вотум доверия, более того, данный вопрос стоит вне предмета толкования. В мотивах Суд говорит, что “делать выводы на базе Решения № 13/1992 г. по к.д. № 27/1992 г., что предназначение предосторожного шестимесячного срока, предвиденный процедурой в статье 89, должен быть приложен и к процедуре, описанной в статье 112 Основного закона, при условии, что такой срок в тексте статьи 112 не урегулирован конституционным законодателем, является необоснованным и недопустимым”.

² Ни в формировании правительства, ни при запуске процедуры по его ответственности, программа правительства не нашла свое место в Регламенте Парламента. См. Несоответствие между положениями Конституции и регламентами Парламента по годам: Статья 83, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу”; Статья 84. “Одна пятая депутатов парламента могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение” (1991–1995); — Статья 88, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу.”; Статья 89. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение” (1995–1997); — Статья 88, часть 1 “Правительства может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу”; Статья 89. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение” (1997–2001); — Статья 90, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу”; Статья 91. “Одна птая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение” (2001–2005); — Статья 90, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу”; Статья 91. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение.” (2005–2009); — Статья 95, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу”; Статья 96. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение.” (2009–2013); — Статья 103, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу.”; Статья 104. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение” (2013–2014);

В будущем при рационализации процедуры формирования правительства *de lege ferenda* его программа должна быть основным элементом в сложном фактическом составе. Роль президента в изменении процедуры при осуществлении консультаций повысится, так как будут обсуждаться не только персональные назначения, но и будущие политики без изменения места главы государства в конституционной системе. Таким образом программа помимо политического акта приобретает характер правового средства, которым еще в начале деятельности правительства должно определить и выяснить отношения между Парламентом и Правительством. В конституционном тексте должен быть предусмотрен разумный срок, в котором премьер-министр внес бы в парламент программу управления своего правительства. Впоследствии правильным было бы, чтобы каждое существенное изменение в правительственной политике сопровождалось соответствующими программными заявлениями премьер-министра, лидеров большинства и оппозиции, также и поднятием вопроса о доверии перед большинством в парламенте. *De lege ferenda* одобрение программы управления правительства или ее изменение и дополнение должно быть нормативно закреплено как элемент в процедуре, предвиденной в статье 99 посредством отдельной, самостоятельной части или должно быть нормативно предвидено как прямое парламентское полномочие в каталоге, согласно статье 84 Конституции.

Включение программы правительства как элемент процедуры по компиляции исполнительной власти приведет к следующему последствию: соответствие процедуры с конституционными нормами и с принципами парламентской демократии. Также будет достигнута предсказуемость в управлении и законодательной политике правительства¹.

Положение правительства в конституционной системе характеризуется наличием усиленной самостоятельности в отношении парламента. Создание и функционирование сильного правительства возможно только при наличии сплоченного парламентского большинства, которое разделяет и поддерживает проводимую политику. Без такой поддержки правительство остается слабым и неуверенным в своих действиях.

— Статья 105, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу.”; Статья 106. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству, внося мотивированное предложение.” (2014–2017);

— Статья 108, часть 1 “Правительство может просить Парламент выразить ему доверие в отношении политики в целом или по конкретному поводу.”; Статья 109. “Одна пятая депутатов могут предложить Парламенту выразить недоверие Правительству или премьер-министру, внося мотивированное предложение.”(2017–2021).

¹ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/618414/OP_Programming_of_bills_12.06.17_.pdf

Воронин Максим Валерьевич

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук,
доцент Российской академии образования*

Основания системности права как факторы обеспечения стабильности общества

В юридической науке сформировано представление о том, что одной из ключевых функциональных характеристик права является обеспечение гарантий стабильности в обществе. Стабильность в правовой действительности является понятием неоднозначным. С одной стороны стабильность — это сохранение регулятивных начал, а с другой — правовая стабильность не должна приводить к деградации права, к его невозможности обеспечивать, сопровождать и направлять социальное развитие. Зачастую стабильность рассматривается как положительное явление, к которому нужно стремиться, так как от этого зависят экономические, социальные факторы и даже моральные ценности. Часто со стабильностью права связывается обеспечение правопорядка, законности, легитимности. Стабильность права проявляется в нормативности права, его сущности и принципах, критериях его системной организации. В нашем понимании стабильное право — это качественное и эффективное право, основанное на преемственности и воплощающее нормативную основу реально существующей общественной системы. Важно понимать, что утрата стабильности права и главного его свойства — быть регулятором общественных отношений может привести к серьезной социальной деструкции. Таким образом стабильность права проявляется как его качественное свойство, сопряженное с системной организацией права, она предусматривает динамизм права, учитывает устойчивость и одновременно подвижность правовой материи.

В настоящей работе мы поговорим о стабильности права в контексте базовых оснований системности права. Стабильность права может проявляться как в его содержании, так и в структуре и системной организации. Любой этап социального развития диктует необходимость учитывать тенденции развития общества, а здесь важно понимание базовых оснований его системности — факторов, которые задают содержательное наполнение и структурное оформление права.

В настоящей работе мы акцентируем внимание на том, что стабильность права находится в диалектической связи с базовыми основаниями системности — общественными отношениями в их системном взаимодействии; государственно-волевым характером права и правовой политикой, которая конкретизирует этот характер; принципами

права. Но современный этап социального, в том числе и правового, развития требует осмысления новых качеств его стабильности с содержательной стороны — современных измерительных практик в праве. Право изменяется прежде всего ввиду новых ориентиров развития — цифровизации и междисциплинарной практической направленности. Наша задача сегодня — открыть дискуссию о серьезных правовых изменениях, сопряженных с обществом эпохи Индустрии 4.0.

Напомним, что в XX веке состоялось три дискуссии о системности права. Первая дискуссия (40-е годы) выделила в качестве основания разделения права на отрасли предмет правового регулирования, отметив, что метод является дополнительным критерием, как производный от предмета. Вторая дискуссия (60-е годы) привлекла внимание ученых к проблеме совершенствования системы законодательства. Третья дискуссия (80-е годы) предприняла попытку найти новый инструментарий в деле совершенствования системы законодательства с учетом выделения приоритетных критериев разделения права на отрасли, не отказываясь от фундаментальных положений, выработанных в ходе первых двух дискуссий. Данные дискуссии — это определенная работа ученых, выраженная в ряде их статей, трудов, раскрытых закономерностей и законов, основанных на определенных парадигмах. Сегодня можно говорить о четвертой дискуссии о системе права эпохи Индустрии 4.0. Разговор о ней еще впереди. Для его успешного продолжения обратимся к базовым основаниям системности права¹.

1. Общественные отношения в их взаимодействии как первичное основание системности права. Право является регулятором общественных отношений, возникшим на определенной социальной, государственно-организованной почве. Поэтому одной из основных задач при изучении общественных отношений в их системном взаимодействии как основания системности права является анализ механизма влияния первичной системности общественных отношений на системность права. Это влияние может рассматриваться с разных позиций при учете субъективных и объективных факторов, и в первую очередь в связи с необходимостью, потребностью урегулирования правом общественных отношений. Не случайно в современной науке проводятся исследования, посвященные социальным основаниям права,² где право рассматривается как отдельный социальный институт, объективно появившийся в социальной системе.

¹ В данной работе использованы материалы монографии автора: *Воронин М. В.* Основания и проявления системности права. М.: Юрлитинформ, 2016. — 200 с.

² См.: *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. М.: Норма, 2007. — 800 с.; *Дорская А. А.* Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой подходы. — СПб.: Астерион, 2010. — 306 с.

Изучая такой фактор системности права, как общественные отношения в их системном взаимодействии, необходимо понимать, что сама потребность в правовом регулировании общественных отношений возникает в результате человеческой деятельности и как следствие появляющихся в результате этой деятельности общественных отношений. «Нет человеческой деятельности вне общественных отношений, т.е. вне социальных условий жизни людей, и наоборот, не может быть общественных отношений независимо от деятельности людей...».¹

Социальная система всегда складывается на базе социальной общности, а ее функционирование связано с деятельностью людей, поведение которых определяется социальными статусами и ролями, нормами и лежащими в их основе ценностными установками.² Право — это вторичная социальная система, состоящая из норм, создаваемая людьми.

Системное взаимодействие первичных общественных отношений как основание системности права можно доказать, на наш взгляд, и через их институционализацию. С опорой на то, что институт является регулятивным явлением, можно перейти к анализу институционализации отношений в процессе правового регулирования. Не случайно профессор Г. В. Мальцев говорит о том, что «юридический институт оказывает аккордное регулятивное воздействие на общественные отношения, т.е. нормы права действуют не поодиночке, не выборочно, не в случайном сочетании, а вместе и совокупно в составе правового института».³

Следуя вышеизложенной логике исследования, происходит изучение механизма влияния общественных отношений в их системном взаимодействии на право, в частности на его фундаментальную характеристику — системность права.

Одним из принципиальных тезисов при познании социальных систем является то, что именно качества общественных отношений определяют качества социальной системы. Чтобы раскрыть эти качества, необходимо понять природу отношений, возникающих в обществе, основания их возникновения, их генезис.

Ключевым моментом в познании такого основания системности права, как общественные отношения в их системном взаимодействии, является уяснение сущности права как социальной системы, направленной на регулирование первичных общественных отношений. Право представляет собой систему вторичного порядка, которая воздействует на систему отношений, возникших в государственно-организованном обществе.

¹ Решетов Ю. С. Реализация норм советского права: системный анализ. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1989. С. 35.

² См.: Дорская А. А., Честнов И. Л. Указ. соч. С. 9.

³ Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 396.

Руководствуясь указанными выше положениями, представим себе модель интеграции общественных отношений через традиционно выделяемые в науке сферы общественной жизни. И попытаемся ответить на вопрос: почему системность права задается именно связями общественных отношений, порождающих их системное взаимодействие? Ведь вполне можно предположить, что отношения могут существовать обособленно и, как следует из описанной нами модели абстрактного общественного отношения, каждому отношению в отдельности присущи нормативность во всех ее проявлениях и подчиненность законам развития социального бытия.

С точки зрения уровневого подхода к общественным отношениям, бурно развивавшегося в 70-е — 80-е годы прошлого века,¹ все сферы общественной жизни имеют следующие характеристики:

1. «Показатели», которые как бы очерчивают границы конкретной сферы, создающие некоторые рамки (например, материально-производственная сфера очерчивается в своих границах именно тем социальным пространством, в рамках которого производятся, распределяются, обмениваются и потребляются материальные блага);

2. «Локальные социальные образования» (конкретные «ячейки жизни общества» (социальные институты)), в которых воплощаются и взаимоотношения людей, «определенные звенья общественного управления».²

Данные характеристики указывают на проявления сфер общественной жизни и, безусловно, способствуют более глубокому пониманию категории «сфера общественной жизни», в рамках которой и происходит взаимодействие общественных отношений одного уровня. Но нам же необходимо проследить механизм взаимодействия элементов, составляющих данные сферы жизни общества. Каково бы ни было качественное наполнение сферы общественной жизни, признать ее сферой можно только тогда, когда начинают действовать «... законы, которые объединяют элементы сфер в нечто качественно целое. Поэтому о сфере общественной жизни речь может идти тогда, когда вычлениются законы общественной жизни, именно сущностная связь ее составных элементов. На наш взгляд, это принципиальный момент, который позволяет с точки зрения уровней вычленивать категориальную спец-

¹ См.: *Андреев И. Д.* Методологические основы познания социальных явлений. М.: Высш. школа, 1977. С. 63–79; *Барулин В. С.* Диалектика сфер общественной жизни. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. С. 13–66; *Воробьев Н. А.* Методологические проблемы анализа объекта социологического исследования / под ред. В. С. Барулина. — Барнаул: Алт. кн. изд-во, 1974. — 176 с. ; *Келле В. Ж.* Проблема уровней теории в социологии науки // Об уровнях социологической теории. — М., 1970. С. 35–39; *Махов А. С.* Ленинская методология социального познания. М.: Высш. школа, 1974. С. 44–60.

² *Барулин В. С.* Диалектика сфер общественной жизни. Указ. соч. С. 39.

ифику сфер общественной жизни как определенных общественных образований. Сферы и характеризуются как специфические виды законов структуры, развития, функционирования основных подсистем общества».¹ Эти законы пронизывают бытийную сущность, функционирование всех элементов конкретной сферы социальной жизни, они объективно проецируются в поведении субъекта. Это есть законы именно элементов конкретных сфер, связей этих элементов, к примеру, законы связи классов и наций, государства и партий, идеологии и науки. Стоит понимать, что «законы сфер общественной жизни имеют не только «верхнюю», но и «нижнюю» границу. Поэтому их надо отличать как от простой суммы их составных частей, так и от законов общества, носящих всеобщий характер».²

Таким образом, становится ясно:

1. Сферы общественной жизни характеризуются однородностью элементов и связей между ними;
2. В каждой сфере жизни общества проявляются свои законы, предопределяющие ее сущность;
3. Все сферы жизни общества интегрируются всеобщими законами в единую социальную систему;
4. Проявление сфер общественной жизни, законов отдельной сферы выражается в социуме через общественные отношения.

Отвечая на вопрос о влиянии взаимодействия общественных отношений в рамках первичных социальных систем на системность права, необходимо обратиться к его природе, сущности права — быть регулятором общественных отношений. Вышеупомянутые суждения подготовили почву для разговора о достаточно традиционной, устоявшейся в науке классификации социальных систем по отраслевому делению. Традиционно выделяются экономические, политические, социальные, духовные общественные отношения, взаимодействующие в пределах рассмотренных нами сфер общественной жизни и находящиеся в межсферном, системном взаимодействии. Само наличие взаимодействия указанных основных сфер общественной жизни вполне понятно. Важно уловить то, как эти отношения опосредуются правом, каким образом идет проникновение сущностной модели поведения в конкретном виде общественного отношения в правовое бытие и каким образом общество определяет возможность попадания общественного отношения под регулирующее воздействие права, делая его предметом правового регулирования. Также здесь перед исследователем всплывает еще одна важная задача — показать, как общественные отношения, их изменения (социальная динамика) задают системность

¹ Барулин В. С. Диалектика сфер общественной жизни. Указ. соч. С. 41.

² Там же. С. 42.

права с точки зрения его функциональности и институционализации (как социальные реалии воплощают динамическую многосистемность правовой действительности, способность права создавать правосистемные образования особого порядка).

Подвергая анализу общественные отношения в рамках конкретных сфер общественной жизни, вполне понятно, что необходимо учитывать социальные реалии в конкретном историческом периоде и то, что они опосредуются правом в единстве всей действующей социальной системы. «Нельзя вырывать какой-то элемент, какое-то отношение, функцию из данной системы и рассматривать его обособленно, вне связи с другими компонентами, отношениями и функциями этой системы. Тем более недопустимо... комбинировать новую систему путем механического соединения компонентов, вырванных из других общественных систем»¹.

Вопрос о включенности общественного отношения в область, «сферу» (в широком смысле слова) правового регулирования стоит проводить с учетом видов социальных норм. Общественное отношение нормативно, об этом уже было сказано выше, но, как и наличие разных уровней этих отношений, существует разный характер этой нормативности. Важным составляющим определения правовой нормативности выступает воля законодателя, объективно проводимая в стране правовая политика, сам государственно-волевой характер права. Но в настоящем разделе нашей работы важно понять, что общество возводит в систему правовых нормативов не все отношения, а комплексы, системы этих отношений, подвергая правовому регулированию отдельные срезы сфер социальной жизни.

Здесь уместно вспомнить, что в науке достаточно много споров ведется о самой природе права, о его дефинициях. Соблюдая принцип методологического плюрализма, мы стараемся взвешенно подойти к характеристике данной конструкции (механизма включения общественных отношений в сферу правового бытия). Как справедливо указывают Н. И. Матузов и А. В. Малько, «...термин «право» относится обычно только к нормам. Но необходимо проводить демаркационную линию между нормами как таковыми и теми институтами и процессами, которые вдыхают в них жизнь»².

При ответе на такой сложный вопрос, фактически вскрывающий социальные основания права, с нашей точки зрения, необходимо обратить внимание на две важные работы, дополняющие друг друга:

¹ *Афанасьев В. Г.* Системность и общество. М.: Политиздат, 1980. С. 276.

² *Матузов Н. И., Малько А. В.* Теория государства и права: учебник. М.: Дело АНХ, 2009. С. 174; См. также: *Фридман Л.* Введение в американское право / пер. с англ.; под ред. М. Калантаровой. М.: Прогресс Универс, 1993. С. 8.

«Социальные основания права»¹ и «Логические основания общей теории права»². Авторы этих работ проводят анализ генезиса правовой реальности, с учетом знания общих начал социального регулирования.

Так, Г. В. Мальцев отвечает на вопрос о том, каким образом складывается урегулированный порядок в общественной системе, какие факторы вовлекаются в этот динамичный процесс на основе достижений комплекса научных знаний. Сама логика изложения материала — от классических научных парадигм до синергетического подхода в познании научных основ правового регулирования — заставляет задуматься над сложностью и неоднозначностью включения общественных отношений в предмет правового регулирования³. В. М. Сырых проводит анализ понимания права, его образования с сугубо материалистических позиций, при этом большое внимание он уделяет отдельным, конкретным элементам механизма образования права и категориям, формирующим взаимосвязи в правовом пространстве. Несмотря на то что анализ сущностных признаков права В. М. Сырых ведет с точки зрения опоры на материальные отношения как объективную основу права, выводы, которые он делает, не исключают, а дополняют результаты других исследований.

Безусловно, в науке немало интересных работ, посвященных анализу правообразования, и труды указанных авторов, приведенные нами в качестве примера многоаспектности и неоднозначности исследуемой нами проблемы, дополняют имеющиеся работы. Изучая основные положения указанных выше работ, мы приходим к выводу о том, что в социальных системах органично работают регуляторы особого рода, формируется регулятивная система, динамичная по своей природе и имеющая разнообразный арсенал средств для воздействия на общество.

Так, в любой сфере, как мы уже отмечали, действуют свои объективные законы, которые подчинены общим законам социального регулирования. Право же выступает элементом в системе социального регулирования, оно является системой иного порядка, воздействующей на первичные общественные отношения в определенных границах заданной плоскости. Формирование указанных границ неразрывно связано с деятельностью государства. Например, духовная сфера общественной жизни развивается по своим определенным законам: в тесном взаимодействии с иными сферами жизни общества в ней происходят процессы культурного воспроизводства, развиваются специфические формы общественного сознания, позволяющие, на-

¹ Мальцев Г. В. Указ. соч. — 800 с.

² Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 3. Современное правопонимание. М.: РАП, 2007. — 512 с.

³ См.: Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 38–115.

ряду с экономической, политической и социальной жизнью, показать специфику конкретного общества во всех его отношениях. Духовная сфера наиболее пестро выделяет различия между обществами, социальными слоями, любыми уровнями социальной системы. Поэтому ученые, члены комиссий по разработке нормативно-правовых актов, отдельные субъекты правотворческой инициативы стремятся уловить тенденции развития духовной жизни, вычленив сложно верифицируемые духовные регуляторы и при необходимости рекомендовать включить, усилить или же, наоборот, устранить правовое воздействие на общественные отношения в рамках рассматриваемой духовной сферы. Безусловно, огромная роль принадлежит юридической науке, которая тесно связана с юридической практикой. Также не стоит забывать и о роли самого правотворческого органа, который несет определенную социальную ответственность за действия в пределах своей компетенции.

Обратим внимание на то, что в процессе юридической деятельности происходит сцепление узловых моментов саморегулирования с индивидуальным и нормативным правовым регулированием. Здесь «работают» системно связанные общественные отношения, влияющие на наполнение всех компонентов правовой системы через его внешнюю среду — социальную систему в целом. Включаясь в правовое бытие, становясь участником правовой жизни, субъект становится участником правовой деятельности. При этом не важно, активно он принимает участие или нет. Правовая деятельность «высвечивает» социальную природу и сущность правовой системы. «Руководствуясь методологией целеполагания и концептом сущности правовой деятельности, мы можем обозначить в качестве ближайшей цели правовой деятельности преобразование социальных потребностей субъектов правовой деятельности в субъективные правомочия и законные интересы посредством трансляции социальной сущности права».¹

2. Государственно-властная воля и правовая политика как факторы системности права. Тесная связь государства и права, рассмотрение их в контексте социальных систем одного порядка подводят нас к тому, что изучать системность права в отрыве от государственной организации общества нельзя.

При этом стоит понимать, что государственная воля проявляется по-разному в зависимости от конкретно взятого среза социального бытия. В определенных сферах общественной жизни государство «усиливает» властное регулирующее воздействие, в иных же «смягчает». Все это необходимо, чтобы добиться определенного результата социального регулирования.

¹ Основные характеристики российской правовой действительности / под науч. ред. Ю. С. Решетова. — Казань: Казан. ун-т, 2010. С. 116.

Действие права¹ невозможно вне государственной воли. Это положение является ключевым при описании механизма воплощения в жизнь системно-связанных, урегулированных правом общественных отношений. То, что мы вкладываем в содержание понятия «государственная властная воля», зависит от конкретных исторических условий, идей, взглядов и ценностей в отдельно взятом обществе в определенный временной период. Само понимание государственной властной воли, на наш взгляд, не изменяет механизма системного регулирования общественных отношений государством.

Учитывая достаточно обширный пласт интрасоциетальных (в пределах общества) по отношению к праву социальных системных образований, на наш взгляд, необходимо определить место государства в системе социальных отношений. Именно оно воздействует на многие внешние по отношению к самой системе права системы и таким образом формирует связи между правом и другими интрасоциетальными системными образованиями в конкретном обществе. Такое положение дает возможность понимания государственно-властной воли как основания системности права во взаимосвязи с общественными отношениями, находящимися в системном взаимодействии. Государственная организация общества возникает, как правило, на платформе уже сложившейся системы социальных отношений, и в процессе политогенеза объективно происходит упорядочивание властеотношений, государственная воля обретает системный характер, органично вплетается в систему общественных связей.

Важно понимать, что процесс политогенеза происходил не в отрыве от общесоциальной динамики. С формированием государственно-властных структур в обществе шло развитие приемов и способов социального управления. Приобретая относительную самостоятельность по отношению к обществу, государство стало иметь возможность при помощи социальных регуляторов воздействовать на первичные общественные отношения посредством социальных норм. Особой системой таких норм стало право. Поэтому необходимо учитывать, что государственная воля является общим для многих социальных регуляторов, таких как мораль, традиции, обычаи, религиозные нормы и другие, основанием их системности. Право же занимает особое место в механизме социального регулирования. Оно выступает как индикатор допустимого, задает диапазон действия иных социальных регуляторов.

Учитывая все вышесказанное, мы понимаем, что изучение такого основания системности права, как его государственно-волевой характер, невозможно проводить без учета функциональных характеристик

¹ О дефиниции см.: Актуальные проблемы теории государства и права: учеб. пособие / отв. ред. Р. В. Шагиева. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 407–411.

права. Этим положением вполне уместно руководствоваться в контексте нашего исследования.

Здесь необходимо упомянуть мысль о том, что функциональный и структурный подходы неотделимы друг от друга. Вместе они выступают как элементы системного подхода.¹ Поэтому, на наш взгляд, важно показать роль государственно-властной воли в контексте регулирования общественных отношений с учетом специфики функциональной связи права и государства.

Динамизм современного общества, постоянное усложнение и интеграция связей между его первичными социальными институтами создают многоуровневую и многосложную структуру социума. За развитием этой структуры должно успевать развитие права, а соответственно и все правосистемные образования. Поэтому государство, возникающее на платформе общества, призвано решать задачи системного регулирования общественных отношений посредством права.

Здесь необходимо сказать о тесном взаимодействии государства и права: их органичная связь проявляется в том, что государство призвано регулировать и охранять систему общественных отношений посредством права. При анализе имеющихся в юриспруденции классификаций функций государства необходимо обратить внимание на то, что в науке выделяются основные и неосновные функции государства. Так, при характеристике основных функций М. И. Байтин выделял общие для них черты, такие как: 1) наиболее явное проявление сущности и социальной роли государства; 2) осуществление таких функций всем государственным механизмом в целом; 3) комплексный, собирательный, то есть системный характер.² Таким образом, основные функции государства тесно связаны с системой общественных отношений, находящихся во взаимодействии. В этом они схожи с основными функциями права.

Государство порождает, санкционирует правовые нормы и обеспечивает функционирование права, что необходимо для «работы» первичной социальной системы, ее стабилизации. Система юридических норм «ничего не будет стоить» без государственного опосредования актов поведения людей, их государственной оценки и охраны.

Выводя тезис о том, что основанием системности права выступает государственно-властная воля, на наш взгляд уместно говорить о ее влиянии на структурный состав (систем) и содержательные характеристики органично связанных государства и права. Поэтому первым

¹ См.: Руткевич М. Н. Дialeктический материализм: курс лекций для философских факультетов: учеб. пособие. М.: Мысль, 1973. С. 474–475.

² См.: Байтин М. И. Сущность и основные функции социалистического государства. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1979. С. 207–209.

этапом анализа такого основания системности права, как его государственно-волевой характер, стало изучение именно функций права и государства, рассматриваемых как социальные системы одинакового (одного) вторичного порядка относительно экономических, политических, социальных и духовных отношений.

Тесная связь политики и права в контексте нашего исследования налицо. Понять политику, отвлекаясь от природы государства, нельзя, равным счетом нельзя понять и процесс взаимодействия системно связанных социальных регуляторов в государственно-организованном обществе. Политическая сфера жизни общества является основной для рассмотрения деятельности государства и тех субъектов, которым оно делегировало свои государственные функции. Политическая сфера вовсе не ограничивается государственными явлениями. Из множества определений политики достаточно сложно выделить одно наиболее верное, ибо политика может определяться как деятельность людей, отношения между ними, область социального бытия, участие в делах государства, характеристика элементов государственного или иного политического характера, государственное управление обществом. Здесь необходимо понимать, что в политическую сферу включаются компоненты социальной жизни, связанные с общественными интересами и управлением, где специфическим инструментом воздействия служит власть, принуждение, авторитетное влияние.¹ Многоаспектность рассмотрения политики, тесная диалектическая связь права и государства позволяют ученым сравнивать политическую и правовую деятельность. В контексте такого сравнения государственная власть выступает ключевым звеном взаимодействия политики и права. «Деятельность по осуществлению публичной власти может быть охарактеризована одновременно и как политическая, и как правовая. Политическая деятельность характеризует содержательную часть государственной власти, а правовая — формы ее выражения, фиксации, закрепления за отдельными органами, передачи».²

Одним из важнейших аспектов взаимодействия политической и правовой деятельности государства выступает государственная правовая политика. Государственная правовая политика является срезом государственной политики, показывает органичную связь политических и правовых механизмов при осуществлении государством своей деятельности, демонстрирует их функциональное единство, связанность целями и задачами.³ При помощи правовой политики реализу-

¹ См.: Правовая политика: словарь и проект концепции. — Саратов: Сарат. гос. акад. права, 2010.— С. 9.

² Взаимодействие политики и права / науч. ред. и сост. Ю. С. Решетов. — Казань: Казан. гос. ун-т, 2009. С. 90.

³ См.: Там же. С. 93.

ются функции государства, решаются стратегические задачи, стоящие на конкретном этапе развития общества.

Правовая политика интегрирует взаимодействие личности и власти (государства), в основе ее развития положены вопросы человеческого бытия.¹ Указанное взаимодействие цементируется государственным властвованием потому, что именно государство «координирует и, в конечном итоге, обеспечивает реализацию правовой политики».² «Государственное властвование затрагивает сферу жизненных интересов каждого человека, или, иными словами, имеет ярко выраженный практический смысл»,³ который требует к нему особого отношения как к совокупности реальных явлений общественной жизни.⁴

Правовая политика, воплощая государственно-властную волю, является важным условием качественного преобразования системы права. Поэтому современное развитие права и государства, а также достижения социально-гуманитарных наук заставляют говорить о правовой политике как о важном факторе системности права.

С нашей точки зрения, наиболее ярко правовая политика как фактор системности права выступает в контексте публичного и частного права как относительно самостоятельных мегасфер системы права.⁵ Подобная логика позволяет уловить особенности государственно-волевого воздействия на них.

Рассмотрение государственно-волевого характера права и правовой политики как оснований системности права подготовило платформу для анализа специально-юридического основания системности права — принципов права.

3. Принципы права как специально-юридическое основание системности права.

Функционирование системы права невозможно представить себе без принципов права. Любая работающая система, в том числе и право, предполагает организацию на основе принципов.

Принципы права с нашей точки зрения представляют особое основание системности права. Они тесно связаны с реалиями общественной жизни, правовой политикой, государственным во-

¹ См.: Рыбаков О. Ю. Правовая политика как юридическая категория: понятие и признаки // Журнал российского права. — 2002. — № 3. С. 72–74.

² Там же. С. 73.

³ Там же. С. 73.

⁴ См.: Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. — СПб., 1909 (Тип. М. М. Стасюлевича). С. 10.

⁵ Воронин М. В. Государственная политика как основание системности российского частного права // Российская правовая политика в сфере частного права: Материалы «круглого стола» ж-лов «Государство и право» и «Правовая политика и правовая жизнь», г. Казань, Казан. (Приволж.) федер. ун-т, 22 июня 2010 г. — М., 2011. С. 219–227.

леизъявлением. Важнейшая особенность принципов права — это их юридическая природа. Принципы права являются специфическим сугубо правовым основанием системности права, а поэтому их система относится к более высокому интегративному уровню социальных оснований системности права. Так, первичные общественные отношения представляют собой базис оснований системности права; государственно-властная воля и правовая политика, отражая функциональную взаимосвязь права и государства, опираются на этот базис и задают развитие права. Принципы права, воплощая ключевые, основополагающие его начала (как бы аккумуляруя правовую, регулятивную суть), являются особым основанием системности, имеющим правовую природу. Как основания системности права они базируются на общественных отношениях в их системном взаимодействии, государственно-волевом характере права и правовой политике.

Выделим ряд существенных положений, имеющих непосредственное значение для уяснения принципов права как основания системности права:

- принципы права, система принципов права находятся в непрерывном развитии;
- принципы права есть система социального долженствования;
- принципы права представляют систему более высокого уровня правовой интеграции (вбирают ключевые, основополагающие идеи), выступают юридическим основанием системности права;
- на системность права влияет качественное содержание принципов права, оно во многом определяет связи между компонентами системы права;
- система принципов права может рассматриваться как самостоятельная система в пределах правовой системы — правосистемное образование.

Характеризуя принципы права как компоненты правовой системы, необходимо уяснить общетеоретические признаки правового принципа и выделить его структурные составляющие.

Принцип права представляется нам в виде отдельного системного образования в системе принципов права. Он является своеобразной микросистемой, связанной как с внешней средой (правовой системой, обществом в целом), так и с другими принципами права. Уяснив структурные составляющие отдельно взятого принципа права (как микросистемы), мы сможем понять механизм взаимодействия принципов права друг с другом, с социумом, проследить межотраслевые связи правовых принципов в системе права и, в конечном итоге, охарактеризовать связи между элементами в системе принципов права и их влияние на системность права.

Как верно замечает С. С. Алексеев, «...принципы права — это его «духотворяющие начала», выражающие главное и решающее в его содержании».¹ Отталкиваясь от этого тезиса и всего вышеперечисленного, попытаемся ответить на вопрос: каким образом принципы права участвуют в системообразовании права, что позволяет играть им достаточно сильную интегрирующую системообразующую роль?

1. Являясь категорией социального должностования, принципы права содержат в себе сконцентрированные идеи права. Учитывая, что принципы права в их системном взаимодействии представляют собой правосистемное образование, вдаваться в подробности описания общих признаков которого нет необходимости, ибо подробно речь об этом велась в первой главе диссертационного исследования, стоит отметить особый характер такой системной целостности: наполнение идеями, генерируемыми субъектами социальной жизни, при этом опосредованными государством.

Принципом права может выступать не любая идея, а прошедшая определенную «переработку», процесс становления принципом права. «В принципах права как бы синтезируется мировой опыт развития права, опыт цивилизации. Принципы права — как бы «сухой остаток» богатейшей правовой материи, ее скелет, ее суть, освобожденная от конкретики и частных».² С одной стороны, принципы права являются «исходным логически первым компонентом правовой реальности»,³ с другой стороны, разговор о принципах права стал идти «с появлением развитого юридического мышления, в то время как конкретные нормы права возникали и во многих случаях продолжают и сегодня зарождаться стихийно, в ходе повседневной практической деятельности людей».⁴

2. Отдельно взятый принцип права, являясь микросистемным образованием, обладает четкой внутренней организацией, проявляющейся в его структуре. Структура принципа права предполагает определенные качественно выраженные элементы и связи между ними, то есть сеть связей. Под указанными качественно выраженными элементами принципа права мы понимаем совокупность вытекающих из него требований, предъявляемых к субъектам правотворческой и правореализационной практики в зависимости от уровня интеграции общественных отношений (уровня действия правового принципа). Эти требования опосредуются социальной реальностью через осу-

¹ Алексеев С. С. Собрание сочинений. — Т. 3. С. 101.

² Лившиц Р. З. Теория права: учебник. М.: БЕК, 2001. С. 195.

³ Лаврусь С. Ю. Реализация принципов права в юридической практике: дис. ... канд. юрид. наук / Самар. гос. экон. ун-т. — Самара, 2005. С. 18.

⁴ Захарова К. С. Системные связи принципов права: теоретические проблемы / под общ. ред. А. А. Павлушиной. — Самара: Самар. отд.-ние Литфонда, 2009. С. 28.

шествление государственных функций. При этом такие требования могут быть формализованы, то есть стать нормой права, нормой-принципом.

В системе принципов права содержится набор таких принципов, которые объективно учитывают заложенные в других отраслях модели регулирования общественных отношений. Целостное сбалансированное структурное содержание отдельно взятого принципа невозможно вне баланса системы принципов всего права. Это обусловливается такими основаниями системности права, как общественные отношения в их системном взаимодействии, государственная правовая политика, государственно-волевой характер права.

3. Принципы права функционируют на разных уровнях интеграции общественных отношений. На каждом таком уровне принципы права выполняют характерные функции. Функциональная заданность принципов права позволяет говорить об их важном системообразующем значении.

Принципы права программируют и качественное, и структурное содержание права. Здесь они выступают как составляющие механизма правового регулирования, которые законодатель или иной компетентный правотворческий орган вынужден учитывать как объективный фактор правового развития.

Таким образом, на рассмотренном примере видно два основных аспекта, связанных с программирующей функцией принципов права: первый касается развития и функционирования структуры и содержания права, а второй — самой системы общественных отношений.

При формировании новых относительно самостоятельных отраслей права, например спортивного, происходит определенное накопление правового опыта, идет становление и относительное обособление системы принципов права новой отрасли. На начальном этапе правового обособления, как правило, сложно говорить об отдельной системе принципов отрасли права. Поэтому вполне понятно, что в начале формирования новой отрасли права, нового специализированного системного образования в рамках системы права за основу берутся наиболее близкие по предмету и методу правового регулирования юридические механизмы, принципы права. Впоследствии в зависимости от направленности развития правовой политики в каждой отдельно взятой отрасли права или институте права может происходить трансформация принципов права. Это обусловлено усложнением общественных отношений, что влечет необходимость их более детального регулирования.

Отдельно необходимо сказать об общеправовых и межотраслевых принципах права. Именно этот уровень правовых принципов выступает в качестве интегративного начала всей системы права. Под общеправовыми принципами понимаются руководящие начала,

свойственные всему праву в целом. Уровень общеправовых принципов представляется весьма значительным для юридической науки и практики, поэтому его изучению в теории государства и права уделяется больше внимания, чем принципам других уровней. Сложность состоит в том, что существует расхождение ученых во взглядах при решении вопроса об установлении конкретного перечня общеправовых принципов.¹

Отметим, что именно общеправовые принципы оказывают наибольшее воздействие на всю правосистемность в целом. Общеправовые принципы глубже всего характеризуют особенности правовой системы общества, именно они ярче других уровней принципов права отражают взаимосвязь политико-правовой жизни и социальной среды в целом.

Таким образом, специфика принципов права как особого специально-юридического основания системности права заключается в следующем:

1. Принципы права генерируют опыт социальной практики, являются отражением наиболее жизнеспособных идей. Являясь основанием системности права, принципы права проходят более длительный период формирования, по сравнению с нормами права, но выступают по отношению к нормам более устойчивыми правовыми явлениями;
2. Система принципов права — не суммативная, а органично связанная система, где элементы взаимодействуют между собой;
3. Принципы права являются микросистемными образованиями. Каждый отдельный принцип права имеет свою структуру и функции, что предопределяет их системную связь и системообразующую силу;
4. Принципы права функционируют на разных уровнях интеграции общественных отношений, они пронизывают всю правовую действительность и проникают в первичные общественные отношения.

Принципы разных уровней системноправовой интеграции норм права (общеправовые, межотраслевые, внутриотраслевые и т.д.) равнозначны в плане сохранения стабильности системы права, имеют одинаковое системообразующее значение.

Рассмотрев ключевые положения концепции оснований системности права, отметим, что назрели все предпосылки для дискуссии о стабильности и динамизме права в эпоху Индустрии 4.0. Те основания системности права, которым была дана характеристика, с нашей точки зрения фундаментальны. Данные основания претерпевают на себе воздействие определенных социальных тенденций, которые направляют векторы правовой динамики.

¹ См.: *Рейф В. М.* Специально-юридические принципы права: дис. ... канд. юрид. наук / Самар. гос. экон. акад. — Самара, 2004. — Л. 31.

Бойка Чернева

доцент кафедры уголовного права юридического факультета
Университета национальной и мировой экономики,
доктор права (Республика Болгария)

Предвидимость права, правовые предположения и стабильность правовой системы

Предвидимость права и социальная эффективность права

Предвидимость права представляет наиболее вероятную (разумную) возможность достижения регулирующей способности и целей право. Это обсуждение развития права и вопрос его социальной эффективности. Способность закона институционализировать другие типы социальных норм есть *внешняя сторона предвидимости*, основанная на социальном опыте, знании права, социальных и институциональных условий, в которых действует правовая система. Предвидимость права выражает необходимую взаимосвязь между правовыми нормами и другими социальными нормами. Социальный опыт и знание права становятся основой для предположений о предвидимом и ожидаемом поведении, которое требует эффективное (стабильное) законодательство и единую правоприменительную практику.

В современном праве предвидимость права становится пониманием верховенства закона. Это означает, что граждане знают закон, воспринимают и используют его как средство для достижения своих целей. В отсутствие стабильности и предвидимости граждане не могут действовать эффективно¹.

В статье делается попытка ответить на два основных вопроса: 1) “Что означает утверждение о том, что закон *предусматривает* наступление правовых последствий?”; 2) “Какова роль предвидимость права в достижении стабильности правовой системы в условиях верховенства закона?”

Предвидимость право и правовые предположения

Правовая норма — это разновидность социальной нормы, которая руководствуется обычным, типичным, т.е. предвидимое человеческое поведение. При установлении юридических фактов гипотеза правовой

¹ Законодатель, в самом широком смысле слова, помимо предложения лучшего решения этой проблемы с точки зрения социальных условий окружающей среды, специфики действующей правовой системы и правоприменения, если он приходит к идее регулирования отношений посредством закона, должно обеспечивать прочную и стабильную правовую основу... стремление к устойчивости в регулировании требует прогнозирования, особенно в сегодняшней динамичной среде (Димов Т. Оценка на въздействието на регулирането. С.: Сиела, 2017, с. 54).

нормы формируется в результате двух типов предвидения: 1) предвидение того, что определенные жизненные факты будут продолжаться происходить; 2) предвидение необходимости идентичного правового регулирования.

Термин “гипотеза” означает предположение (вероятность), основанное на социальном опыте¹. Гипотеза правовой нормы предусматривает поведение, ожидаемое от правовой нормы. Установление субъективных прав и юридических обязательств содержит прогноз поведения, ожидаемого правом, а юридические санкции содержат предвидение исправления в результате предположения о возможности отклонения от ожидаемого. Выражение “*право предусматривает*” означает предвидение вероятного и ожидаемого поведения.

Социологи утверждают, что чем больше вероятность предположения, тем выше социальная эффективность право. Термин “правовая гипотеза” используется, чтобы подчеркнуть, что предположения подлежат доказыванию. Факты важны для права. Предвидимость — это элемент предположений о том, что происходит в определенной жизненной ситуации. Предвидение также содержит правовые презумпции, которые основаны на общем прогнозе того, что происходит в конкретной жизненной ситуации. Некоторые юридические фикции также содержат элемент предвидения, поскольку они основаны на вероятности возникновения будущего факта. Это позволяет правовым последствиям наступить раньше времени, чтобы обеспечить социальную эффективность право.

Знание права приобретает нормативность как предположение наилучшего возможного правового регулирования посредством использования правовых презумпций и фикций в качестве теоретических конструкций.

Правовые презумпции и предвидимость права

“Знание всегда предшествует предположению. Универсальные предположения (презумпции) широко используются во всей человеческой деятельности, в том числе в праве.”² Правовая презумпция является допущением, содержащимся в правовой норме о наличии или отсутствии определенных фактов, на основе связи между ними и другими фактами (обстоятельствами) и подтверждаются предыдущим социальным опы-

¹ Термины «гипотеза» и «предположение» часто используются как синонимы. Гипотеза сильнее предположения, потому что ее можно проверить. Гипотеза — “научное предположение, которое может быть доказано”. (Буров С., Бонджолова В., Илиева М., Пехливанова П. Съвременен тълковен речник на българския език. С.: Елпис, 1995, с. 1297).

² Шекин Д. М. Юридические презумпции в налоговом праве. Москва: МЗ Прес, 2002, с. 7.

том. У них есть особая социальная роль в регулировании общественных отношений. Правовая презумпция содержит предвидение о том, что возникновение правовых последствий на основе предположения является наиболее вероятной (разумной) возможностью для достижения целей закона. Что касается юридических презумпций, Жан-Луи Бержел отмечает: “Простой в качестве технических процедур, используемых для высших целей, которые выходят за рамки поиска объективной истины и правовой определенности, правовые презумпции имеют значение настолько, насколько целей они преследуют”¹.

Правовые презумпции решают вопросы, которые не могут быть решены на основе нормативной связи между юридическим фактом и правовым следствием. Предвидимость права требует обоснования предположения о том, что правовые последствия возникают из презумпции с высокой степенью вероятности того, что определенный факт произошел или не произошел. Вероятность настолько высока, что презумпция имеет значение нормативной основы для порождения правовых последствий. В качестве метода юридической техники, правовые презумпции являются средством перераспределения бремени доказывания или решения вопроса о достаточности доказательств. “Юридические или фактические презумпции соответствуют ситуациям, в которых факты не поддаются доказыванию. Они заключаются в выводе известных фактов из неизвестных”². Как отмечается в юридической литературе, правовые презумпции имеют две стороны: 1) предположение о высокой степени вероятности фактического; 2) обязанность предполагать, что юридический факт установлен. Предвидимость право как часть его регулирующей способности является основанием заменить юридического факта.

Правовые презумпции не всегда напрямую связаны с предвидением фактов. Примером в этом отношении является презумпция невиновности как правовой принцип. Законодатель исходит из того, что человек по натуре добр³. Также предполагается социальная эф-

¹ Бержел Ж.Л. *Общая теория права*. Благоевград: ЮЗУ “Неофит Рилски”, 1993, с. 343.

² Бержел Ж.Л. *Цит. соч.*, с. 343.

³ Первичным источником презумпции невиновности является древнегреческий принцип “*praesumptio boni viri*”, который означает, что стороны в судебном процессе считаются добросовестными, пока не будет доказано обратное. Впоследствии римское право также приняло эту максиму. Его дополняет формула “*tot, qui uterque, debet probare*” — *ei incumbit probatio qui dicit (non qui negat)*. Подробнее о происхождении и развитии презумпции невиновности в уголовном праве и презумпции виновности в гражданском праве см. *Панькина И. Ю.* Презумпция невиновности: теория и практика реализации в российском уголовном процессе. Москва: Юрлитинформ, 2010, с. 37–59 и *Вилкова Т. Ю.* Принцип презумпции невиновности — история, современность, перспективы. Москва: Юрайт, 2019.

фактивность закона. Отклонение некоторых правовых презумпций от предвидения фактов в конкретном случае привело к тому, что ряд авторов критиковали презумпцию невиновности¹. По их мнению, случаи, в которых правовая презумпция основана на идеях и убеждениях, являются вмешательством в право и деформируют классические (человеческие) презумпции, которые предполагают, что в данной жизненной ситуации определенные факты могут произойти или не произойти. Эта дискуссия стала поводом для обсуждения необходимости защиты неприкосновенности права (запрет произвольных интерпретаций). Предвидимость права понимается однозначно как использование социального опыта для жизненных предположений. Как мы уже выяснили, правовая презумпция также содержит предвидение ожидаемого поведения и лучшую правовую основу с точки зрения социальной эффективности закона. Презумпция невиновности в уголовном праве и презумпция виновности в гражданском праве являются средствами к минимуму возможных ошибок правосудия. Фактически, это вопрос исключения любой возможной ошибки, которая увеличивает «цену» правосудия. Предвидимость в данном случае направлена на достижение процессуальной экономии — вопрос социальной эффективности закона. Презумпция невиновности по существу также становится общей процессуальной нормой для распределения бремени доказывания при исполнении юридической ответственности и ведении уголовной политики. Социальная эффективность права по-разному проявляется в материальном и процессуальном праве. Если в материальном праве презумпции содержат положение о наилучшем возможном правовом регулировании, то в процессуальном праве они могут быть выражены таким образом, чтобы добиться процессуальной экономии². Гуманная сторона презумпции невиновности, является основой ее институционализации в качестве правового принципа. Презумпция невиновности обеспечивает наилучшую возможную правовую основу для защиты прав человека как цели современного права и верховенства закона. Сами по себе факты не могут формировать правовые нормы. Закон регулирует человеческую деятельность как выражение воли к ожидаемому (правильному) поведению. Следовательно, необходимо проводить различие между ожидаемым поведением и его предвидимость как частью фактического. Кроме того, презумпция невиновности действует до тех пор, пока не будет доказано обратное, т.е. до установления неоспоримого юридического факта (правонарушения).

¹ *Laudan L.* The presumption of Innocence: Material or Probatory? // *Legal Theory*, 2005, Vol. 11, No 4, pp. 333–361.

² См.: *Hamer D.* A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence // *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, Vol. 31, No. 2, pp. 417–435.

Правовые фикции и предвидимость права

Правовая фикция является способом построения несуществующей и условной правовой реальности в результате юридического и научного мышления¹. В основе теоретической конструкции лежит аргументация его социальной роли. Фикция заменяет юридические факты в тех случаях, когда развитие правоотношений ожидает наступления факта, а реальность еще не учитывает его реализацию или когда отклонение от реальности является наилучшим возможным решением с точки зрения социальной эффективности права. Примером первой гипотезы является фикция в наследственном праве, согласно которой нерожденный ребенок считается рожденным. Факт не только не произошел, но и не ожидается, что он произойдет во время действия фикции. Предвидение касается будущего факта, основанного на предположении о том, что обычно происходит в данной ситуации.

Вторую гипотезу институционализации фикций в праве можно проиллюстрировать фикцией в праве собственности, что энергия приравнивается к собственности. Согласно ст. 110, п. 2 Закона о собственности Республики Болгарии энергия является движимым имуществом. Законодатель не только отклоняется от объективной реальности, но и не ожидает наступления будущего факта жизни. Он конструирует искусственную правовую реальность — принимает энергию как движимую вещь. Таким образом, право обеспечивает идентичную правовую основу для движимого имущества и энергии как лучший вариант для введения правового регулирования с точки зрения социальной эффективности права. Как указывает Венелин Ганев, фикции в праве созданы для “более совершенного, более удовлетворительного, более разумного, справедливого юридического применения или более полного и широкого синтетического юридического принципа, а часто и новых синтетических правовых истин”². Фикция исключает доказательство отсутствия факта или наличия факта в целях обеспечения стабильности права.

Предвидимость права и изменения в праве

Предвидимость права не только элемент предположения в праве, но и функциональная характеристика правовой системы. Согласно ст. 26, п. 1 Закона о нормативных актах Республики Болгарии, подготовка проекта нормативного акта осуществляется с соблюдением принципов необходимости, обоснованности, предсказуемости, открытости, согласованности, subsidiarity, соразмерности и стабиль-

¹ Петерсон К. Понятие правовой догматики: от фикции к факту // Правоведение, 2012, № 1. с. 197–206.

² Ганев В. Учебник по Обща теория на правото. Том 2. С.: 7 М График, 1993, с. 455.

ности. Иллюстрацией принципа предвидимости является введение института оценки воздействия законодательства. Это подтверждение мнения о том, что предвидимость право вопрос его социальной эффективности. Института оценки воздействия направлено к наилучшему возможному законодательству при соответствующей потребности в регулировании¹.

Частые изменения в законодательстве влияют на стабильность правовой системы. С другой стороны, развитие права как часть социальных изменений предполагает развитие законодательства и судебной практики. Возникает вопрос: “*В каких случаях изменения в законодательстве и судебная практика необходимы для обеспечения социальной эффективности право и стабильности правовой системы?*” Предвидимость право один из критериев этой оценки — элемент обоснования необходимости изменения законодательства.

Стабильность правовой системы также означает единообразную и последовательную судебную практику. Противоречивая судебная практика отрицательно влияет на предвидимость право². Закон о судебной системе Республики Болгарии възлагае на Верховный кассационный суд и Верховный административный суд осуществлять надзор за точным и равным применением законов (*Раздел X “Толковательные решения и толковательные постановления”*).

Выводы

Прежде всего, предсказуемость закона — это наиболее вероятная (разумная) возможность достижения целей закона. Если ожидаемое поведение является выражением воли, то закон предсказуемости — лучшее правовое регулирование. Выражаясь языком современного права, воля законодателя — это ожидание достижения цели как

¹ В континентальном праве предсказуемость имеет значение принцип разработки нормативных правовых актов и оценка их влияния на общественные отношения для достижения целей закона при его применении..

В англосаксонском праве предвидимость право используется в качестве теоретической модели для обоснования судебных решений через представление судьи о том, как он будет решать судебное дело на основе своих убеждений и представлений о справедливости (предубеждение). Герберт Харт провильно критикует модель предсвидимости, отмечая, что судья применяет правила и нормы. В противном случае судья основывал бы свое решение на психологических и/или политических соображениях (*Dorf M. Prediction and the Rule of Law // Cornell Law Faculty Publications, 1995, Vol. 42, No 3, pp. 657–659*).

² Что касается вопросов правового изменения как эволюционного правового мышления, у меня уже была возможность выразить мнение, представив судебную практику Конституционного суда Республики Болгарии, которая ссылается на эволюционное правовое мышление как основу для изменения его практики. (*Чернева Б. Юриспруденция и легиспруденция. Институционалният контекст на правото. С.: Сиела, 2020, с. 184–191*).

наилучшего варианта, а предвидимость право — наиболее вероятная (разумная) возможность для достижения цели. Закон предусматривает вероятное и ожидаемое поведение.

Во-вторых, предвидимость право — это элемент правового предположения. Это выражение связи правовых норм с другими социальными нормами, на основе которых делается предположение о необходимости правового регулирования предсказуемого и ожидаемого поведения через гипотезы правовых норм, правовых презумпций и фикций. Предвидение дополняет основания для действия правовых презумпций, когда степень вероятности того, что определенный факт произошел или не произошел, высока. Некоторые юридические фикции также содержат предвидение, но на будущее.

В-третьих, предвидимость право является пониманием устойчивости правовой системы в условиях верховенства закона — действующее законодательство и единая судебная практика с точки зрения социальной эффективности права.

Караташ Олеся Михайловна

*старший преподаватель кафедры теории права,
государства и судебной власти Российского
государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук*

Правообразование, правопонимание и правопорядок

В современной сложной социальной организации существует как стремление к сохранению и поддержанию порядка в обществе, который уже есть благодаря принятым правилам, так и поступательное развитие правовой системы. Право наряду с другими социальными регуляторами являются теми средствами, с помощью которых общество обладает устойчивостью и в тоже время изменяется и развивается. Проблемы пределов правового регулирования, образования права, правопорядка, всегда занимали ученых-правоведов, философов, государственных деятелей и даже обычных людей. В разных правовых системах нормы могут предписывать в одних и тех же случаях прямо противоположные правила поведения и закреплять разные ценности. Правовые средства от общества к обществу от государства к государству существенно отличаются, своеобразны и неповторимы, а без права или каких-либо правовых институтов общество и вовсе выглядело бы совершенно иначе.

В рамках конкретного правопорядка непрерывно происходят изменения, которые отражают на себе все происходящие в обществе процессы. В целях урегулирования совместной деятельности людей появляются новые нормы. Некоторые замыслы и инициативы доходят до компетентных органов государственной власти, а некоторые нет. Большое количество законопроектов не принимается либо их не подписывает глава государства. Развитие права во всех формах его внешнего выражения является сложным социальным процессом. Индивиду и отдельные общности стремятся защитить свои интересы в новых условиях. Отдельные нормы позитивного права возникают в том случае, когда заинтересованные субъекты приходят к мнению, что те или иные отношения должны гарантироваться аппаратом принуждения. Все же доминирующим является представление, что порядок в обществе основан на принудительной силе, а право это принудительный порядок. Ни один правопорядок не обходится без санкций, обеспечиваемых публичной властью.

Государство предполагает право, именно посредством норм государство осуществляет свою власть. Нормами права определяется структура органов государственной власти, их полномочия. Создание новых органов власти и новых правил формирования органов государственной власти происходит исходя из различных целей. Одна из них состо-

ит в самосохранении власти, которая, как и любое общественно-политическое образование, к этому стремиться. В отношении отдельных лиц Г. Кельзен отметил «когда правопорядок определяет, при каких условиях и кем должно осуществляться физическое принуждение, он защищает подчиненных ему индивидов от насилия со стороны других индивидов»¹.

В юридической науке отправная идея состоит в единстве государства и права. Как понятие государство и понятие право тесно связаны, так и признаки права связаны с признаками государства. Правотворчество (нормотворчество) выделяют в качестве признака государства. Связанность государства им же созданными законами одна из основных предпосылок правового государства. «Государство «назначается» быть законодателем лишь при условии, что оно будет считать себя связанным собственными законами»².

Создание новых норм направлено на упорядочение тех общественных отношений, которые объективно возникли и нуждаются в правовом регулировании. Появление новых норм истории права, социологи права и сами юристы могут оценивать по-разному. В теории государства и права общепринятым является термин правообразование. Этот термин соотносится с правотворчеством (нормотворчеством) как целое и частное. Правотворчество это формализованный процесс, который строго регламентирован нормами права, состоит из нескольких стадий, в основе которого лежит целый ряд принципов. Правотворчество может быть в нескольких видах в зависимости от форм и источников права. Именно правотворчество более тесно связано с понятием государства, чем весь процесс образования новых норм. Правотворчеству предшествуют скрытые в глубине общественной жизни различные процессы и большие усилия прикладываются к тому чтобы их выявить. На начальной стадии правообразования вызревают предпосылки образования норм. Это происходит под влиянием совокупности факторов экономических, социологических, политических, что глубоко исследовано в работах современных правоведов³.

Вопросы образования, развития права и правопорядка тесно связаны со всеми другими вопросами в юридической науке такими как понятие права, право в системе социального регулирования, теорий

¹ Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. — СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 53.

² Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М.: Международные отношения. 2004. С. 203.

³ См. напр.: Калинин А. Ю., Сергеева Н. В. Особенности влияния экономики на процессы правообразования в России // Вестник Государственного социально-гуманитарного университета. 2020. № 2(38). С. 19–23; Придворов Н. А. Правообразование и правообразующие факторы в праве: Монография. — Москва: Норма: НИЦ ИНФРА-М, 2019.

форм и источников права, правоприменением, правосознанием и др. Попытаемся раскрыть проблему исходя из нескольких аспектов — через подходы к пониманию права, формы права, ценность права.

Процессы развития права всегда находили отражение в политико-правовой мысли, в правовых концепциях. Усилиями ученых-правоведов сформировалось несколько основных школ правопонимания — естественно-правовая, юридический позитивизм, социологическая юриспруденция, историческая школа права, психологическая теория права, интегративное правопонимание и др. Каждая концепция является попыткой теоретически осмыслить изменения в области государства и права в конкретной исторической эпохе и, конечно, основывается на практических проблемах в жизни общества. В них выработаны подходы не только к пониманию права, но также предложено решение других правовых проблем в рамках соответствующей концепции и ее методологии.

Согласно естественно-правовому направлению Нового времени государство возникло в результате общественного договора, сознательно заключенного ради общей пользы. Право в первую очередь это естественные права, которые исходят из возможностей человеческого разума познать границы собственной свободы, раскрыть естественные и неизменные нормы права. Отдельный индивид обладает способностью самостоятельно различать правовые ценности и в соответствии с ними стремится к упорядочению общественных отношений.

Особый интерес представляет общее учение о праве Р. Штамллера, которое известно как естественное право с меняющимся содержанием. В своей книге правовед ставил вопрос об общем законе развития права, предпринял поиск общей закономерности социальной жизни, раскрывающейся в истории. При этом не отрицается исследование содержания отдельных исторических норм, а наоборот предполагается. Несмотря на то что содержание права менялось в конкретные периоды и в различных обществах, существует формальное понятие права, которое можно вывести не индуктивно. Примечательно, что в своем исследовании правовед опирается на материалистическое понимание истории, но марксистское учение критикует, отмечая в нем вассальное отношение права к хозяйству. Согласно марксистской теории права определенный правовой строй должен быть уничтожен противоречащим ему развитием социального хозяйства, этот неизменный ход и постоянная тенденция развития экономических феноменов неизбежно должны создавать новое право.

Основной момент общественной жизни людей составляет исключительно внешний распорядок какого-бы то ни было свойства. Всякий вид юридической нормировки преследует известные цели. Под естественным правом Р. Штаммлер понимал правовые принципы, которые содержат право теоретически-верное при известных эмпи-

рических условиях; принципы эти не обладают еще положительным значением, а обращаются к источникам права, как создателям положительного права с требованием об изменении или преобразовании действующего права.¹ Таким образом, с помощью этих принципов можно ответить на вопрос о том какая высшая закономерность влияет на необходимые изменения в существующем правовом регулировании.

Сторонников юридического позитивизма объединяет позиция, в соответствии с которой право сводится к совокупности норм, установленных и санкционированных государством. При определении права не принимается во внимание содержание норм права. Внешняя форма выражения воли правотворческого органа это и есть позитивное право. Право и государство не конфликтуют друг с другом, соответственно не ставится вопрос о произволе и о естественных правах. В концепции Г. Кельзена право и государство не противопоставляются, а отождествляются. Немецкий правовед глубоко исследовал проблемы правопорядка в своем чистом учении о праве. По его мнению, нормы права происходят, являются таковыми исходя из постулирования основной нормы, которая является основанием действительности нормативного порядка. «Основанием действительности одной нормы может быть лишь действительность другой нормы»².

В позитивистском ключе развивалось еще одно направление правопонимания — социологический позитивизм, который появился как реакция на утверждение догматической юриспруденции и связан с развитием социологии в XIX веке. С юридическим позитивизмом его сближали методы познания, основанные на эмпиризме и предмете познания как действующем праве. В выработке норм права общественный элемент здесь как и в естественно-правовой концепции теоретически признавался превалирующим над государственным.

Социологическая юриспруденция имела прогрессивное значение. Согласно учению одного из самых ярких представителей этого направления О. Эрлиха, основой правопорядка не является принудительная сила государства, сущностный признак права не состоит в его установленности государством. Человек поступает правомерно в первую очередь потому, что его к этому вынуждают его общественные связи. Если сегодняшний общественный порядок вопреки суровым условиям существования для большинства населения демонстрирует более или менее стабильную прочность, то он обязан этим, очевидно, тому, что никакой другой строй в этот момент не мог бы выполнять задачу лучше или, по меньшей мере, не хуже не только для имущих,

¹ Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование Рудольфа Штаммлера / Перевод с немецкого. — СПб.: Типография М. Меркушева, 1898. С. 166–167.

² Кельзен Г. Указ. соч. С. 240.

но и для неимущих. Любое развитие права основывается на общественном развитии во всем многообразии потребностей совместного существования. О. Эрлих с сожалением отмечает, что большая часть того, чему в прошлом способствовали стремящиеся к научному познанию юристы, судьи, адвокаты и практикующие юристы, сегодня совершенно свободно предоставляется законодателю. Такое положение ведет к односторонности и застою правового развития, переносит в руки государства гораздо больше сил, чем необходимо.¹

Правоведы этого направления, опираясь на материалы исторических и социологических исследований, выявляли законы образования правовых явлений, закономерности их развития. В этой связи им свойственно было исследовать юридическую динамику. С. А. Муромцев определял право через правоотношения. В соответствии с его концепцией существующие фактические отношения в общественной среде, которые опосредованы совокупностью различных факторов и их свойств являются выражением определенного порядка, возникшего в силу объективных причин. Отношения, которые являются защищаемыми в обществе, есть правовые отношения, но это не меняет их сути как фактических отношений, сложившихся под воздействием социального контекста².

Право, понимаемое как динамичный продукт общественной жизни и опосредованный законами ее развития, вытесняло представление о праве как об абстрактных нормах. Ю. С. Гамбаров выделял два взаимосвязанных способа обнаружения правообразующей воли. В первом случае установление и применение права находятся в руках одной и той же власти — это творческое судебное решение, не только применяющее, но и создающее право. Во втором — установление права отделено от его применения, которое есть только конкретное утверждение существующего уже в силу общих норм права³.

В концепции социологического позитивизма применению установленного статичного права в определенной мере противопоставлялось образование права в процессе принятия правового решения. Именно здесь возникала проблема, связанная с правотворческой ролью правоприменителя. Образования права и применения права это два разных процесса, но которые в контексте социологической юриспруденции

¹ Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 413.

² Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М., Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1879. С. 37.

³ Гамбаров Ю. С. Право в его основных моментах. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю. С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой. 1899. С. 44.

объединены одной деятельностью. Так, судья не применяет право, как в юридическом позитивизме, а образует его. Критикуя доктрину юридического позитивизма, в которой проводилась идея о подчиненности судебной функции законодательной, С. А. Муромцев не признавал ограничение работы судьи логическими силлогизмами, а признавал в ней творческий момент. Это убеждение юриста основывалось на том, что в гражданском правосудии «судья не только является органом пассивного законодательства, но наравне с ним творит право, вводит в жизнь новые, до того неизвестные юридические нормы, подчиняет жизнь тому порядку, который сочла наилучшим его судейская совесть, в отличие от закона или обычая»¹.

В русской дореволюционной правовой мысли Б. А. Кистяковский отмечал, что правопорядок, существующий в жизни, обыкновенно не тождествен правопорядку, выраженному в правовых нормах. Процесс правообразования — по крайней мере на первых стадиях своих — чисто социальный процесс со многими путями для возникновения нового права и изменения или уничтожения права старого.²

Каждый ученый в рамках правовых концепций привнес свои особенности в понимания того или иного вопроса. Принимая во внимание внутреннюю неоднородность как естественно-правовых так и позитивистских концепций можно сказать, что идеи юридического позитивизма в большей степени отвечают требованиям социальной стабильности.

Процесс правообразования в правовых системах происходит в разных формах. Исходя из разграничения терминов «источники» и «формы» права, под источниками права правоведы подразумевали образующие право силы. Например, в естественном праве XVIII века — это человеческий разум, способный преобразовать на новых началах действующее законодательство; в исторической школе права — народный дух, в юридическом позитивизме — воля суверена. Взаимообусловленность форм права и видов правотворчества определяется тем, что каждой форме права соответствует определенный вид правотворчества.

Большинство исследователей признают правовые обычаи как древнейшую форму права. Правовые обычаи образуются в процессе многократной повторяемости одних и тех же действий в силу привычки и убеждения в них социальных общностей. В современной теории права образование норм права в виде правовых обычаев в виду поддержания их публичной властью еще называют санкционированным

¹ Муромцев С. А. Творческая роль юриспруденции // Юрид. вестн. 1887. № 9. С. 112.

² Кистяковский Б. А. Право, как социальное явление (отдельный оттиск из журнала научной юриспруденции «Вопросы права», 1911, книга VIII(4)). Типо-литография товарищества «Владимир Чичерин». С. 12.

правотворчеством. В исторической юриспруденции обычному праву придавалось равное с законом самостоятельное значение¹. Напротив, в естественно-правовом направлении и юридическом позитивизме обычая отводилась второстепенная роль. Идеи естественного права как наиболее критического направления ориентированы на должное в праве. Правовой обычай всего лишь констатирует существующее в действительности регулирование отношений. Таким образом правовой обычай не соответствовал стремлениям сторонников правовых преобразований. Естественно-правовая школа исходит из возможности произвольно поменять правопорядок, поэтому закон признавался наилучшей формой права, способной справиться с этой задачей. Кроме того, по мере усиления личного индивидуального начала в истории общественные инстинкты высвобождаются рациональными отношениями. Разум свободного человека в своей эволюции становится выразителем правовых основ. Рациональное назначение правотворческой деятельности противоречило иррациональному утверждению правового обычая в народном духе.

Правовые обычаи в большей степени могли бы гарантировать социальную стабильность, поскольку само общество вырабатывает эти правила, они существуют продолжительное время и перестают действовать, когда в них отпадает необходимость. Вместе с тем, в современных развитых странах правовые обычаи играют вспомогательную роль. Это связано с темпами развития всех сфер, в которых наиболее быстрее и надежнее управлять социальными процессами путем принятия нормативных правовых актов.

С появлением законов можно уже не говорить о самопроизвольном развитии права. Вершиной развития законодательства являлся период кодификации в странах Европы. Условно начиная с Нового времени невозможно представить себе порядок без правотворческой деятельности органов власти, которая и является источником устойчивого функционирования всего социального организма. Именно государство определяет сферу применения правовых обычаев, признает их таковыми или же наоборот запрещает. Интересно отметил Ф. Регельсбергер, что в области права нет нигде резких границ: «норма обычного права стремится к тому, чтобы закрепиться в законе, закон — к тому, чтобы перейти в право, испытанное обычаем»².

Формулированию общих норм права хронологически предшествуют конкретные факты, имеющие юридическое значение, но не закрепленные как таковые. Однозначно сложно ответить на вопрос образуется ли право в результате появления конкретного случая или

¹ Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. 1 / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. С. 298.

² Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. С. 54.

формулируется вне зависимости от конкретного случая. Проблема происхождения правил сначала в обществе, а потом и закрепление их в формальных источниках права остается актуальной как для общего, так и континентального права.

Исторически под влиянием разнообразных факторов в англосаксонской правовой семье судебный прецедент является основной формой права. Роль судебного прецедента варьируется в тех странах, где он признается в качестве официального источника права. Вопрос о судебном прецеденте в России является одним из самых дискуссионных. По мнению целого ряда исследователей, образование правовых норм является результатом правоприменительной деятельности, в частности деятельности высших судебных органов.

Сторонники социологического позитивизма относили к праву то, что действует и осуществляется в жизни. Судебная практика непосредственно «схватывает» все изменения, выражающие правовое развитие. Понятие источник права предполагает абстрактную норму, рассчитанную на неопределенное число случаев применения. В связи с этим, Ю. С. Гамбаров признавал за судебной практикой источник права, который принимает участие в правообразовании не только в конкретных случаях и имеет свое действие на будущие отношения. Это особый источник права, не обладающий формально-обязательной силой, который вместе с тем связывает судьбу¹. Диалектичен вопрос, которым задавался на рубеже XIX-XX вв. В. Катков: «Закон ли, вместе с судебными решениями и другими признанными им факторами, создают права, или, наоборот — закон, судебные решения, некоторые обычаи и другие факты суть порождение «права»?»²

В развитых обществах сложилась сложная совокупность форм и источников права, которые находятся во взаимодействии и соподчиненности. По замечанию Бержеля, право создается только в процессе своей реализации. «Закон, обычай, судебная практика (прецедент) и толкование закона — все, хотя и по-своему, содействует такой реализации юридических правил, независимо от происхождения, всегда нуждаются в том, чтобы их интерпретировали; существующие между ними противоречия должны быть нейтрализованы, а лакуны заполнены; действующие положения нередко нуждаются в том, чтобы либо расширить, либо сузить сферу их влияния, либо согласиться с ними, либо отказаться от них...»³

¹ Гамбаров Ю. С. Указ. соч.

² Катков В. «Философия права» или политическая философия? // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете. Книга шестая. С.-Петербург, Типография Правительствующего Сената, июнь 1898. С. 78.

³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В.И. Даниленко; пер. с фр. М.: Издательский дом NOTA BENE 2000 — С. 128.

На современном этапе развития российского государства стоит много проблем, в связи с которыми ученые разрабатывают правовые концепции, совершенствуется законодательство и правоприменение. Предлагаемые в законопроектах изменения направлены на поддержание и укрепление общественного порядка. Редакции статей, в частности их диспозиции, гипотезы и санкции претерпевают изменения в связи с изменениями в общественных отношениях. Если посмотреть на последние обновления в законодательстве, то можно найти принятые нормы в связи с совершенствованием технологий, необходимостью сохранения культурных ценностей, применением мер поддержки и социальной защиты, предоставлением новых полномочий органам государственной власти. Одними из самых значимых изменений является введение новых составов правонарушений. Также происходит уточнение, усиление или отмена уже существующих мер ответственности в связи с обнаружившимися тенденциями совершения каких-либо правонарушений и, как следствие, неэффективности действующего механизма. Непрерывно в нашей жизни возникают новые отношения в связи с чем необходимо совершенствовать правовое регулирование в первую очередь с целью защиты прав граждан.

Принятие некоторых норм можно рассматривать как устранение пробелов в законодательстве. Устранение пробела — это принятие новой нормы права. В таком случае субъект законодательной инициативы в пояснительной записке указывает, что изменения в законодательство связаны с наличием в нем пробела.

Все изменения в праве происходят с учетом системного анализа, сложившейся практики, в том числе правоприменительной. Как писал Ф. Хайек в книге, опубликованной в 70-х годах прошлого века, «уместность новой нормы в существующей системе норм — это не чисто логическая проблема, а, как правило, вопрос о том, приведет ли в существующих обстоятельствах новая норма к порядку совместимых действий»¹.

Пробелы в законодательстве и избыточное правовое регулирование являются противоположными явлениями. Представляется, что качество правопорядка определяется не количеством принятых новых норм, и тем более не их исполняемостью. Чрезмерная регламентация может свидетельствовать об авторитарных тенденциях политического режима. Пределы власти и правового регулирования лежат в одной плоскости, то есть пределы правового регулирования будут определяться характером государства, его стремлением сузить или расши-

¹ Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. — Москва; Челябинск: ИРИСЭН, Социум, 2016. С. 124.

рять свое влияние на жизнь отдельного индивида и общества в целом. Нередко государство отказывается от вмешательства в определенные сферы и дает организациям и индивидуальным субъектам правоотношений большую степень самостоятельности в определении своих прав и обязанностей. Например, об этом свидетельствуют изменения, принятые в Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации», которые позволяют сократить избыточное государственное регулирование образовательной деятельности и расширить автономию организаций, осуществляющих образовательную деятельность¹.

В прогрессивном и быстро развивающемся обществе, таком как демократическое, пересмотр и наполнение новым содержанием идеи права имеет тенденцию отставать от идущих в нем самых процессов². Чем быстрее происходят изменения, тем сложнее своевременно реагировать на них и устранять возможные противоречия. В этой связи, ученые исследуют проблему опережающего правотворчества, которое позволит на основе предвидения развития общественных отношений разработать их необходимое правовое регулирование³. В. М. Розин отмечал, что в целом современное право перестает работать, так как неясно, в каком направлении его обновлять. «Право можно развивать, чтобы поддержать новые социальные ... транснациональные институты, но не ясно, чему это будет способствовать, не будет ли этот шаг только усугублять глобальные планетарные кризисы. Право еще больше можно ориентировать на личность, но последняя уже и так предельно эгоцентрична, эгоистична и безответственна. Право, безусловно, должно работать на справедливость, однако, что является справедливым в ближайшей перспективе — дальнейшее развитие нашей техногенной цивилизации или, наоборот, ее критика и трансформация в направлении создания предпосылок новой цивилизации, свободной от существующих пороков и проблем?»⁴

Вместе с самими законами появилась категория законность, которая выступает основой всякого правопорядка. Усилия юристов и философов права с тех пор сосредоточены на выявлении соотношения принципов законности и справедливости. Принцип законности исходит из того, что принятая норма справедлива. Если заду-

¹ Федеральный закон от 26.05.2021 № 144-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202105260041?index=0&rangeSize=1>.

² *Ллойд Д.* Идея права / перевод с английского: М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев; научный редактор Ю. М. Юмашев. 5-е изд. М.: «КНИГОДЕЛ», 2009. С. 336.

³ *Залоило М. В.* Опережающий характер правотворчества и проблема синхронизации правового регулирования // Журнал российского права.

⁴ *Розин В. М.* Генезис и современные проблемы права. Методологический и культурологический анализ. Москва, 2001. С. параграф 4.

мываться о справедливости принятых норм, то будет поставлена под сомнение и существование созданных их правотворческих органов. Вопрос о справедливости в праве, о его нравственном обосновании сфера деятельности философии права. Согласно естественно-правовой концепции необходимо пересматривать существующие правовые ценности в целях преобразований в праве, что и воспринимается их сторонниками в качестве главной задачи правоведения.

П. И. Новгородцев считал, что право никогда не сможет стать совершенным и справедливым. Он определял право как результат борьбы различных общественных сил — сложный продукт их взаимодействия. Соответственно, отражая на себе следы этой борьбы и этого взаимодействия на протяжении всего общественного развития, право никогда не сможет быть ни строго логическим, как учила историческая школа права, ни вполне совершенным, во что верили представители рационалистической доктрины школы естественного права. «Отсюда вечное искание новой правды, которое не может прекратиться, как не могут исчезнуть общественные различия и разногласия»¹, — делал вывод философ права.

Как отличить право от произвола в процессе создания новых норм, что делает право правом? Согласно Л. Фуллеру попытка создать и поддерживать систему правовых норм состоит из восьми способов, соблюдение которых ведет к правовому совершенству. Цель такого совершенства состоит не в утверждении законности, а во внутренней морали права, которая рассматривается исследователем как некая разновидность естественного права².

С одной стороны, правовое регулирование является средством к достижению конкретных целей, с другой — процесс развития права подчинен стремлению к некоторому идеалу. Правопорядок рассматривается как цель и итог правового регулирования. В фундаментальном труде Г. С. Мэна при изучении истории естественного права и римского права подчеркивается «насколько важно для целого общества или для людей профессии иметь перед собою ясно сознанную цель в стремлении к усовершенствованию»³. Что важнее конкретные цели и желания в социальном развитии или представления о должном и справедливом? Это может быть спорный выбор между пользой и справедливостью.

¹ *Новгородцев П. И.* Право и нравственность. Сборник по общественно-юридическим наукам. Выпуск 1 / под ред. Ю. С. Гамбарова. С.-Петербург, книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой, 1899. С. 129.

² *Фуллер Лон Л.* Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 117.

³ *Мэн Г. С.* Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. Спб., 1873. С. 61.

Когда мы исследуем социальную ценность права, в тоже время мы затрагиваем вопросы о ценности власти и государства с которыми связано право. Как отмечал О. Э. Лейст, существующая государственно-правовая реальность оценивается на основе идеалов и складываются представления о путях и способах ее сохранения или преобразования¹.

Разумно, что любые правила подлежат оценке, которые мы тем самым одобряем или напротив не принимаем. Поиск и закрепление ценностей это постоянный процесс, который находит свое отражение в государстве и праве. «И нам нужно вести законодательный процесс с точным пониманием того, что нормы законов, практика их реализации и основанная на них государственная политика должны находиться в согласии с представлениями широких российских масс о должном, благом и справедливом»².

И. А. Ильин писал, что правовые законы относятся к законам долженствования, которые необходимо отличать от законов бытия. Законы долженствования указывают постоянный и необходимый порядок, который людям надлежит осуществлять в их деятельности. Смысл необходимости состоит в том, что тот, кто поступает согласно закону долженствования, тот не может быть неправ³.

Безусловно в любом обществе существуют укоренившиеся в нем представления о должном в праве. Преобразования в праве связаны с категорией должного, идеальным правом. Противопоставление сущего и должного в праве насущная проблема в философии права. «Естественное право есть синоним нравственно должного в праве»⁴, — полагал Е. Н. Трубецкой. Сторонники такой позиции учитывали дуализм естественного и положительного права, где первое призвано осуществлять нравственную критику второго.

Проблема понимания права тесно связана с проблемой нормы права, как первичного элемента любой системы права. Вопросу о том, что есть правовая норма посвящено большое количество исследований как в отечественной юридической науке, так и зарубежной. По убеждению А. Каумана, право возникает непосредственно из действительности, должное (Sollen) выводится из сущего (Sein). Для А. Кауфмана «право — это соответствие должного и сущего»⁵. Б. Леони также об-

¹ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 45.

² Зорькин В. Д. Десять лекций о праве: монография. М.: Норма, 2021. С. 141.

³ См.: Ильин И. А. Теория права и государства. Изд. 2-е, доп. / под ред. и с библиографическим очерком В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2008. С. 220.

⁴ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва, типография Императорского Московского Университета, 1909. С. 60.

⁵ Корнев В. Н., Белова М. А. Понимающая философия права Артура Кауфмана // Государство и право. № 5. 2019. С. 15.

ращается к этому вопросу понятия долга, обязанности и критикует его. В своей книге он предлагает сводить нормы к индивидуальным притязаниям, а «законными» будут являться те притязания, которые имеют высокую вероятность быть удовлетворенными. Процесс возникновения новых притязаний происходит непрерывно, который по мнению исследователя, можно описать как постоянное изменение относительных вероятностей того, что все притязания должны быть удовлетворены в данном обществе в любой данный момент времени¹.

Г. Радбрух выделяет три равноценных элемента идеи права: справедливость, целесообразность и стабильность права. В юридическом мышлении справедливость формирует надпозитивистское (*uberpositive*) и прогрессивное, а правовая стабильность — позитивистскую и консервативную правовые позиции. Право в смысле порядка противостоит справедливости².

В концепции юридического позитивизма характер права заключался в формулировании нормы, исходя из существующего права конкретного государства, а не в его критической оценке. Полагалось, что право нельзя оценить, поскольку критерии оценки невозможно объективно определить. Соответственно этому право может быть определяемо только с формальной точки зрения. Смысл определения права через форму заключался в установлении правовых норм властными органами, а следствием этого подхода являлось оправдание применения норм любого содержания. Представляется, что такой подход более всего отвечает требованиям социальной стабильности.

В то же время если мы признаем, что у развития права есть нравственная цель, то в понятие права следует заложить ценностный критерий. Только так можно понять общим образом изменения права, происходившие в течение истории «при новом регулировании вновь образуются новые общественные феномены, стремления и перемены в постоянном, никогда не замыкающемся круговороте социальной жизни»³.

Вместе с ускорением социальных процессов такими же темпами развивается право. В силу развития в истории происходят революции и прочие потрясения. В известном труде Г. Дж. Берман написал, что в история Запада отмечена повторяющимися периодами мощных переворотов, каждый из которых в конце концов породил новую систему права, которая воплощала некоторые из главных целей революции и которая изменила западную традицию права, но в итоге осталась

¹ Леони Б. Свобода и закон / пер. с англ. В. Кошкина; под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2008. С. 224

² Радбрух Г. Указ соч. С. 115.

³ Штамлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина. 1908. С. 67

в рамках этой традиции¹. Именно поэтому в решении принципиально новых проблем следует руководствоваться общей целью, общим принципом и быть верными традициям.

Осмысливая законодательную экспансию и правовую интервенцию А. Н. Савенков отмечает, что «ни одно современное государство не может определить, какой общественно-политический строй будет устойчивым и эффективным, поскольку происходящие процессы давно приобрели глобальный и транснациональный характер»². Учитывая те усилия, которыми удается поддерживать конкретный общественный порядок, вряд ли представляется возможным описать правопорядок с точки зрения новых методологических принципов современные авторы приходят к выводу, что правопорядок обладает изменчивостью и детерминирован социальными интересами и представлениями о праве, господствующими правовыми практиками, правовой традицией и правовым менталитетом³.

На протяжении всей истории права можно наблюдать, что отбираются наиболее выгодные нормы. Нельзя не согласиться с Ф. Хайеком, который написал в книге, опубликованной в 70-х годах прошлого века, что «распространение получают те правила, установившиеся практики и обычаи различных групп, которые делают одни группы сильнее других⁴. Являясь сложной организацией с многообразными интересами любое общество неоднородно, право постоянно приспосабливается к изменениям, появляются новые правовые средства. Мы наблюдаем все большую дифференциацию права, выделение отраслей права, количество которых в специальной литературе уже измеряется несколькими десятками. Дифференциация права это как следствие социальной дифференциации, усложнения общественной структуры и связей.

В западной правовой традиции можно сказать, что культивируется право, право исторически было востребованном в системе социального регулирования инструментом как с точки зрения догматической, так и метафизической. На право возлагаются регулятивные свойства и высокие цели. Вместе с тем, из истории мы знаем, когда право не в состоянии было с этим справиться. В этой связи В. М. Розин сформулировал почему все же заканчивается античность и ей на смену приходят

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. — 2-е изд. М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М — НОРМА, 1998. С. 35

² Савенков А. Н. Государство и право в период кризиса современной цивилизации: монография. Москва: Проспект, 2020. С. 347.

³ Черногор Н. Н., Пащенко Д. А. Правовой порядок: доктринальные подходы, методы и актуальные направления исследования // Журнал российского права. 2017. № 8 (248). С. 14.

⁴ Хайек Ф. Указ. соч. С. 118.

средние века, если римская цивилизация основывалась на твердом фундаменте права? Но ведь право — только один из аспектов социальной жизни наряду с которым существуют и другие.¹ При исследовании закономерностей развития и образования права важно понимать его сложную природу и зависимость от национальных и глобальных процессов. Принимаемые нормы права призваны удовлетворять нужды и чаяния общества и отдельного человека. Достижение правопорядка возможно с четким пониманием не только конкретных целей во всем многообразии обстоятельств, но и общей цели стремления к правовому идеалу, не отказываясь при этом от традиционных правовых основ.

¹ Розин В. М. Указ. соч.

Шавеко Николай Александрович

*старший научный сотрудник Удмуртского филиала
Института философии и права
Уральского отделения РАН,
кандидат юридических наук*

Гражданское неповиновение: между стабильностью и справедливостью

Философы издревле обсуждали вопрос о том, допустимо ли сопротивление законной власти и восстание против нее. Зачастую данный вопрос поднимался в контексте противопоставления естественного и позитивного права. Как правило, предполагалось, что не соответствующие естественному (божественному и т.п.) праву позитивные законоустановления не имеют юридической силы и не подлежат реализации. Отсюда, хотя бы и в самых исключительных случаях, право на восстание против власти и/или ее установлений считалось теоретически допустимым (Аквинский, Гроций, Гоббс, Локк, Руссо и др.), хотя встречались и противоположные позиции (Спиноза, Кант и др.). В современных конституционно-демократических государствах более актуальным является вопрос допустимости не мятежа, а гражданского неповиновения. Под гражданским неповиновением следует понимать умышленное нарушение закона с целью привлечения общественного внимания к проблеме, требующей внесения изменений в законодательство или политический курс, но без цели свержения власти и демонтажа правопорядка (разрушения государства) в целом. Мыслители активно обсуждают и критерии допустимости гражданского неповиновения, и возможные карательные меры, которые власти могут принять в качестве ответа на подобные акции. Обоснования и субъективного права на революцию, и субъективного права на гражданское неповиновение представляются собой вызов такой общепризнанной ценности объективного права, как стабильность, и фактически представляют собой рассуждения о том, в каких случаях ценность стабильности начинает уступать место другим ценностям.

Сразу оговоримся, что начиная с Дж. Ролза, как правило, рассматривается лишь ситуация «почти справедливого государства», в котором все же случаются «серьезные нарушения справедливости»¹. Именно поэтому речь идет о ненасильственных действиях, нарушающих закон при одновременном утверждении общей веры в законность. Ситуация насильственного сопротивления легальной власти

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 319–320.

(например, путем восстания или мятежа, если власть тираническая) не рассматривается, хотя при разрешении обеих ситуаций, как правило, используется общий принцип соразмерности. Вместе с тем, в научной литературе в порядке критики взглядов Дж. Ролза отмечается, что дискуссии о допустимости гражданского неповиновения можно было бы расширить на недемократические страны: «Случай Сербии показывает, что действие путем применения такой эволюционной и реформенной стратегии может быть направлено не только против воли большинства тех, кто стоит за определенными законами и политическими решениями, т.е. тех, кто их принял, но и против воли (самоволии) политической власти, которая, игнорируя волю большинства в обществе, потеряла свойство легитимности»¹. Аналогичный вывод делается на примере деятельности Махатмы Ганди². Таким образом, взгляды Ролза следует скорректировать в том отношении, что гражданское неповиновение подразумевает не «почти справедливое государство», а скорее более-менее развитое критически мыслящее гражданское общество. Более того, в обществе, где предоставлены и должным образом обеспечены политические права, обоснованность гражданского неповиновения как раз менее очевидна³.

В каких же случаях Дж. Ролз считает гражданское неповиновение допустимым? Ученый обращает внимание на то, что гражданское неповиновение — это, во-первых, *ненасильственная* и *публичная* акция, в которой *ненасильственность* и *публичность*, и тем самым *готовность понести наказание*, выступает гарантом *искренности и уважения к закону*, во-вторых, *апелляция к справедливости* (а именно, чувству справедливости большинства граждан), а не к частным интересам или религиозным доктринам, что исключает апелляцию к воззрениям, которые наверняка не получат всеобщего одобрения, а также проявление гражданского неповиновения в случаях, когда члены общества не обладают достаточным чувством справедливости, чтобы воспринять соответствующий посыл⁴.

¹ Миревич А. Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. № 4 (52). С. 45.

² Апресян Р. Г. Гражданское неповиновение — в политической теории и социальной практике (Джон Ролз и Мохандас Ганди) // Насилие и ненасилие: Философия, политика, этика. М., 2003.

³ См., напр.: Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, 1979. P. 272–273. Данный автор оспаривает наличие права на гражданское неповиновение в подобном обществе. Его критики возражают, что право на гражданское неповиновение само есть одно из основных политических прав.

⁴ Критикуя Ролза, Б. Г. Капустин пишет: «То, на какое «сообщество» должно ориентироваться гражданское неповиновение, само является острейшим политическим вопросом, а не некой самоочевидностью». Капустин Б. Г. Моральный выбор

В итоге гражданское неповиновение, в общих чертах, допустимо, по мнению автора, только в случае *вопиющего (явного и серьезного) нарушения принципов справедливости* (в первую очередь, принципа равной свободы и принципа честного равенства возможностей, потому что нарушение принципа различия установить сложнее), когда *исчерпаны (или являются явно неэффективными) законные способы решения проблемы, и отсутствует риск возникновения серьезных беспорядков*, влекущих исчезновения уважения к закону как таковому и к самой конституции общества (право на несогласие одних, таким образом, ограничивается правами других)¹. При этом Ролз делает оговорку, что возможны иные ограничения на проявление гражданского неповиновения. Гражданское неповиновение, по мнению данного ученого, как правило, содействует утверждению стабильной справедливости, поэтому члены общества должны согласиться на некоторые критерии, при которых оно оправдано (т.е. юридическая ответственность должна быть смягчена или исключена), хотя и представляет собой нарушение закона². (Таким образом, правонарушение парадоксальным образом способствует утверждению права как фактора социальной стабильности.) Если же использование гражданского неповиновения ведет к серьезным беспорядкам, ответственность лежит не на тех, кто протестует, а скорее на тех, чье злоупотребление должностью вызывает подобную позицию³. Это последнее замечание, как мы полагаем, несколько противоречит условию допустимости гражданского неповиновения, которое сам же Ролз и выдвинул, а именно условию отсутствия риска серьезных беспорядков, но все же их можно согласовать. Так, ответственность лежит на обеих сторонах, но по различным основаниям: на активистах — если они не соблюдают принцип соразмерности, на правительстве — если оно не предотвращает ситуации, при которых ширококомаштабное гражданское неповиновение становится допустимым. Для американского ученого гражданское неповиновение в целом оправдано в той мере, в какой оно способствует утверждению принципов справедливости более, чем существующий строй.

Большинство современных авторов восприняло основные идеи ролзовской теории гражданского неповиновения. Так, О. Хэффе в перечне условий допустимости гражданского неповиновения на-

в политике. М., 2004. С. 398. Мы полагаем, что в конечном счете лица, прибегающие к гражданскому неповиновению, обращаются к тем, от кого зависит принятие властного решения по изменению несправедливой ситуации. Это может быть и правительство, и гражданское общество, и международное сообщество.

¹ Ролз Дж. Теория справедливости. М., 2010. С. 326–331, 339.

² Там же. С. 336.

³ Там же. С. 342.

зывает истощенность средств демократической оппозиции и готовность понести наказание¹, Ю. Хабермас — истощенность правовых способов, убедительность сопротивления с точки зрения конституционных принципов и отсутствие насилия («символический» характер неповиновения)², Р. Дворкин — несправедливость оспариваемых законов, соразмерность несправедливости и неповиновения, а также готовность понести наказание³. Конечно, более проницательные авторы, следуя непосредственно Ролзу, замечают, что «правовые» средства могут быть неисчерпаемыми в принципе, и важно лишь ясное осознание их неэффективности⁴ (т.н. критерий крайней необходимости), но в целом западные мыслители в рассматриваемом вопросе находятся в рамках одной парадигмы. Эта парадигма предусматривает целый ряд критериев допустимости гражданского неповиновения, напоминающих критерии справедливости войн. Среди таковых: 1) крайняя необходимость; 2) вероятность успеха; 3) соразмерность; 4) правильный мотив; 5) условно коммуникативный характер⁵. Несколько слов в пояснение данных критериев. О критерии крайней необходимости уже сказано выше: до того, как прибегнуть к гражданскому неповиновению, следует оценить эффективность менее разрушительных, рискованных и опасных (неочевидных) средств (по нашему мнению, легальность того или иного средства здесь должна учитываться лишь как один из факторов). Критерий вероятности успеха, мы полагаем, охватывается более общим критерием соразмерности, поэтому эти два критерия можно объединить. Соразмерность же в общих чертах предполагает, что конкретная мера, связанная с нарушением закона, с разумной очевидностью будет иметь больше положительных, чем негативных (в т.ч. расшатывание правопорядка и т.п.) следствий. Крайняя необходимость и соразмерность вообще есть важнейшие критерии гражданского неповиновения. Именно они отвечают на центральный вопрос: когда именно обязанность противостоять справедливости перевешивает обязанность соблюдать законы (причем речь в философских дискуссиях идет, как правило, именно об обязанности, а не о праве на гражданское неповиновение). Что касается правильного мотива и коммуникативности, то они скорее определяют понятие

¹ *Шаवेко Н.А.* Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хеффе // Кантовский сборник. 2018. № 1. С. 64

² *Хабермас Ю.* Между натурализмом и религией. М., 2011. С. 239.

³ *Дворкин Р.* Указ.соч. С. 255.

⁴ *Suber P.* Civil disobedience // *Philosophy of Law: An Encyclopedia.* / Ed. *Christopher B. Gray.* Garland, 1999.

⁵ См., напр.: *Brownlee K.* Civil Disobedience // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.* Edward N. Zalta (ed.). 2017. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/civil-disobedience>.

гражданского неповиновения, чем устанавливают ограничения для него. Правильный мотив, как мы полагаем, не столь значим в теории справедливой войны, но в теории гражданского неповиновения играет ключевую роль: так, правонарушение, совершенное не ради справедливости, а ради частных интересов, не может называться гражданским неповиновением, и должно повлечь стандартную юридическую ответственность. Наконец, последний — пятый — критерий, а именно критерий условной коммуникативности (условной — поскольку гражданское неповиновение сочетает коммуникативное и стратегическое действие), в наибольшей степени корректирует взгляды Ролза. Дело в том, что данный ученый отмечал такие условия гражданского неповиновения, как ненасилие, публичность и готовность принять наказание. Но, по всей видимости, эти условия следует рассматривать лишь как относительные маркеры более общего критерия — особого рода коммуникативности действия (т.е. обращенности на Другого, попытки «педагогического» влияния на него), выражающего убеждение в необходимости и желание изменить отдельные элементы правопорядка. Критики Ролза, например, указывают на необоснованность такого условия гражданского неповиновения, как отсутствие насилия: во-первых, понятие насилия многозначно (как быть с насилием над собой, повреждением имущества или психическим насилием?), во-вторых, ненасильственные действия порой наносят больше вреда, чем насильственные (например, забастовка работников скорой помощи), в-третьих, с помощью умеренно насильственных мер вполне возможно выразить свою гражданскую позицию относительно политики и законодательства, сохраняя уважение к правопорядку как таковому (по крайней мере, восстановить возможность коммуникации). Отсюда, ненасилие — это весьма размытое и относительное условие коммуникативности акта гражданского неповиновения. С аналогичных позиций могут быть рассмотрены публичность и готовность понести наказание. Так, например, Б. Г. Капустин верно отмечает, что «готовность принять наказание может быть понята в контексте гражданского неповиновения как целесообразная тактика действий», но ни в коем случае не в качестве морального критерия¹. В свою очередь публичность не должна пониматься как требование заранее сообщать о своих противоправных действиях, поскольку это может сделать гражданское неповиновение невозможным в принципе, или во всех случаях раскрывать свою личность, поскольку это не всегда требуется для коммуникации². Кроме того, требование публичности может допускать не только апеллирование к аргументам, которые поддерживаются

¹ Капустин Б. Г. Указ. соч. С. 394.

² Lai T.-H. Justifying Uncivil Disobedience // Oxford Studies in Political Philosophy 5:90. 2019.

адресатом, но и попытку изменить его ценности и «социальные привычки интерпретации»¹.

Р. Дворкин подробно рассмотрел вопрос о том, какие действия вправе и должно применить государство к лицу, нарушающему закон по велению совести. Его личный ответ на него состоит в том, что «оценивая серьезность грозящего зла, необходимо делать скидку на вероятность его осуществления»², т.е. не всегда отсутствие наказания за гражданское неповиновение грозит воцарением всеобщей анархии, напротив, оно может демонстрировать уважительное отношение государства к основным правам³. Таким образом, Дворкин полагает, что не только смягчение наказания, но и освобождение от наказания в определенных случаях допустимы.

Помимо того, что нельзя наказывать за несоблюдение неконституционных законов, и того, что сам закон может содержать различные основания освобождения от ответственности, ученый выдвигает и другой (не предусмотренный законом) случай, при котором нарушитель может избежать наказания. Дворкин считает, что если гражданин следует своему взвешенному пониманию закона, допускающего различные толкования (пусть даже это понимание противоречит правоприменительной практике и решениям высших судов), то в случае нарушения данного закона государство должно «стараться защитить такого гражданина и смягчить то затруднительное положение, в котором он находится, всякий раз, когда это можно сделать без большого ущерба для осуществления других стратегий», хотя и «не может взять за правило не подвергать судебному преследованию всех тех, кто действует из соображений совести, или не приговаривать к наказанию всех тех, кто выражает разумное несогласие с мнением суда»⁴. Это очень гибко сформулированное мнение, и несмотря на подкрепление своей позиции примерами, Дворкин не дает более точных формулировок, что осложняет критику данной позиции.

¹ *Blaakman M.* Civil disobedience in a distorted public sphere. // *Krisis*, 2012, Issue 3.

² *Дворкин Р.* Указ. соч. С. 267.

³ Там же. С. 282.

⁴ Там же. С. 293–294. К приведенному мнению Дворкина хотелось бы добавить, что поскольку судьи являются экспертами в области права, постольку было бы несправедливо снисходительно относиться к любому профану, считающему, что он понимает закон лучше, чем судебные инстанции. Допустимо нарушение только того закона, который действительно неясен по содержанию, а не просто непонятен для отдельных лиц, не имеющих юридического образования. Таким образом, возможность освобождения добросовестного нарушителя от наказания должна учитывать определенный (пусть и не абсолютный) авторитет судебной власти. Дворкин учитывает это, утверждая, что если по спору высказался Верховный суд, то в дальнейшем полное освобождение добросовестных нарушителей от ответственности уже недопустимо. См. там же. С. 302–303.

Вопрос, который Р. Дворкин, к сожалению, вообще не ставит, таков: как быть с лицами, намеренно нарушающими достаточно ясно сформулированный закон, который они считают пусть и полностью соответствующим конституции, но все же несправедливым, с целью привлечь внимание общества на данный закон и добиться его отмены? Понятно, что человек, прибегающий к такой политической акции, должен быть осмотрителен в суждениях и действиях, а также быть готовым понести наказание, но что должно делать государство, если применительно к данному случаю основания для освобождения от ответственности в законодательстве отсутствуют? Представляется, что решение проблемы может быть в целом найдено в том же русле, и все же следует отличать описанного Дворкиным «добросовестного нарушителя» от описанного нами «эпатажного нарушителя», к которому предъявляются более жесткие требования. В конечном счете, и в том, и в другом случае речь, по сути, идет о том, чтобы учитывать добросовестность и мотивы нарушителя.

Таким образом, мы видим, что в западной литературе обсуждаются как моральные критерии гражданского неповиновения, так и его правовые последствия.

К сожалению, в отечественной научной литературе публикации относительно проблемы гражданского неповиновения относительно редки. Вместе с тем, среди дореволюционных и современных правоведов отмечается определенная дискуссия о возможности нарушить закон в интересах целесообразности, нравственности или какого-либо иного идеала (очевидно, что данная проблема шире проблемы гражданского неповиновения, так как рассматривает возможность нарушения закона вообще, а не только конкретной формы такого нарушения). Рассмотрим указанный вопрос, чтобы выяснить, проливает ли он свет на критерии допустимости гражданского неповиновения.

Среди юристов доминирует, конечно, позиция приоритета законности. Ученые, по существу, едины в том, что «самое целесообразное решение — это решение, основанное на законе, и вопрос о целесообразности может ставиться только в рамках закона»¹, а «в праве, в законе выражается высшая целесообразность»². Однако в некоторых случаях это мнение дополняется постулированием такого требования законности, как своевременное обновление законодательства в соответствии с потребностями общества³. При этом принцип законности фактически

¹ Проблемы общей теории государства и права./ под ред. Нерсесянца В. С. М., 2006. С. 470.

² Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов. / под общ. ред. В. И. Червонюка. М., 2003. С. 486.

³ Теория государства и права: учебник. / Н. И. Матузов, А. В. Малько. М., 2004. Электр. изд. С. 405.

расширяется до принципа справедливости. Таким образом, вопрос соотношения законности и целесообразности сложен и неоднозначен. «Сторонников законности всегда отпугивал произвол суда и администрации при допущении малейшей возможности отхода от закона. Приверженцев целесообразности отталкивает бездушное понимание правовой нормы, «правильное по закону, а по существу издевательское»»¹.

Существо проблемы удачно выразил Г. Ф. Шершеневич, который писал: «Применение норм права по началу справедливости или целесообразности уничтожает всякое значение издания общих правил. Возражения против принципа законности — это возражения против самой нормы. Норма сама по себе есть отрицание конкретности. И если устанавливают норму, то именно потому, что опасаются конкретного многообразия. Нападать на начало законности значит настаивать на восстановлении того, что норма призвана была устранить. Если законы должны быть исполняемы в точности лишь до тех пор, пока они не сталкиваются с чувством справедливости, пока они не приводят к нецелесообразным результатам, то, спрашивается, зачем вообще издавать законы?»². Но если сам Шершеневич усматривал в сказанном не только существо, но и решение проблемы, то мы полагаем, что *данные рассуждения лишь показывают необходимость найти баланс между законностью и справедливостью*.

Поясним данный тезис. Цель нормативной системы, как представляется, состоит в *максимальном воплощении справедливости*³. Для этого нормативная система должна быть одновременно *незыблемой и гибкой*⁴. Поэтому *социальная норма суть компромисс между абстрактностью и конкретностью, а не отрицание конкретности*, как думает Шершеневич. Проблема заключается в том, что не всегда легко определить, в какой точке находится этот *оптимальный баланс абстрактности и конкретности*, позволяющий достичь максимальной справедливости: поскольку мнение законодателя может быть ошибочным, поскольку *закон может быть далек от оптимума, и отсюда его конфликт со справедливостью*. Современная политическая теория в делиберативной демократии видит действенный способ снизить риск подобных ошибок (причем гражданское неповиновение многими исследователями рассматривается как необходимый элемент делиберации!). Другая же проблема состоит в том, что *даже в указанных «неоптимальных» ситуациях (когда закон не воплощает справедливость в максимально*

¹ Проблемы общей теории государства и права / под ред. Нерсесянца В. С. М., 2006. С. 471.

² Шершеневич Г. Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М., 2016. С. 617.

³ Хотя при этом и не обязательно, подобно, напр., Г. Радбруху, определять право через стремление к справедливости.

⁴ Ср. с конфликтом стабильности и справедливости по Г. Радбруху.

возможной мере, т.к. недостаточно или чрезмерно гибко) нарушение закона может лишь увести нас еще дальше от справедливости, и соответствующие последствия тоже не всегда легко определить. Обычно мыслители решают эту проблему указанием на то, что закон не подлежит исполнению только в случае его крайней и очевидной несправедливости¹. Рассматривая проблему слишком широко, они не видят, например, возможности нарушения справедливого закона с целью обратить общественное внимание на другой, несправедливый закон, и не оценивают реальные шансы изменить положение дел легальными средствами: проблема гражданского неповиновения ускользает от них.

Сказанное приводит нас к выводу, что в вопросе о соотношении законности и справедливости/целесообразности мы имеем две — пусть и взаимосвязанных — проблемы, а не одну², и решаются они в различных (хотя и учитывающих друг друга) научных дискурсах. В обоих случаях решения данных проблем неоднозначны ввиду сложности расчетов и прогнозирования масштабных социальных процессов. Но важно понимать, что изначальная абстрактность закона и конкретность справедливости не препятствуют применять критерий справедливости по отношению к закону (а не только, например, к судебному решению), ведь *абстрактность закона есть действенный способ пожертвовать конкретностью как таковой (могущей быть справедливой или несправедливой) с целью обеспечить хотя бы частичную справедливость*, и чем более закон способствует воплощению справедливости, тем более он справедлив.

Конечно, важно помнить то, что если каждый член общества будет вести себя противоправно каждый раз, когда он твердо убежден в неразумности (безнравственности и т.п.) права, подорвутся самые основы общественного порядка³. Есть рациональное зерно в той позиции, что «допущение отхода от принятых законов и обхода или нарушения их под предлогом целесообразности всегда чревато серьезной угрозой правовому порядку в целом»⁴. Типична в этой

¹ См., напр., т.н. «формулу Радбруха».

² Кроме того, как мы полагаем, прежде чем отвечать на вопрос о соотношении законности и других ценностей (справедливости, целесообразности и т.п.), следовало бы спросить о том, что именно за идеал, противопоставляемый законности, имеется в виду. К сожалению, дискуссии о конфликте законности и целесообразности зачастую не сопровождаются пояснениями относительно того, что за целесообразность (чь?) имеется в виду. Законом подлежит защите не всякий, а лишь справедливый интерес. Но вопрос о справедливости также поднимают далеко не все исследователи. Тем самым проблема лишь запутывается.

³ Проблемы общей теории государства и права / под ред. Нерсесянца В. С. М., 2006. С. 472.

⁴ Грищенко Л. Л., Гладких В. И. О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. № 8. С. 134.

связи позиция С. С. Алексеева, который утверждал: «Малейшее, само будто бы вполне оправданное по соображениям морали или целесообразности отступление от строжайшего соблюдения и исполнения действующих юридических норм приводит к страшной беде — *разрушению законности вообще*»¹. Нивелировка права ведет к социальному хаосу. И. А. Ильин верно писал: «В большинстве случаев люди стараются перетолковать закон в свою пользу, а иногда и прямо извратить его смысл»². К этому следует добавить, что даже в отсутствие подобных стремлений нередко встречаются ситуации, когда для определения целесообразности поступка одного лишь стремления к разумности и беспристрастности недостаточно, разум «дает сбой». Именно в этих случаях на помощь должно приходиться правовое сознание, которое видит такие преимущества права, как возможность государственного принуждения, четкость формулировок, профессиональность регулирования и т.д. Таким образом, важно помнить, что нам могут не нравиться отдельные правовые нормы, но в подавляющем большинстве случаев это лучше, чем их отсутствие, или чем демонстративное их нарушение. Лишь в исключительных случаях «бунт» может быть оправдан.

Более того, даже если гражданское неповиновение оправдано с точки зрения общественного мнения или идеала справедливости, оно все же остается неоправданным с юридической точки зрения. Отсюда любой правонарушитель должен ясно видеть неотвратимость юридической ответственности за свои действия, иначе само право теряет смысл. В то же время С. С. Алексеев отмечает, что если «*сам факт нарушения любого закона* (как бы мы ни осуждали его по мотивам «устарелости» или «нецелесообразности») *должен быть зафиксирован всегда*», то «применение последствий за такого рода нарушения, например использование карательных санкций, должно следовать по существующим юридическим процедурам *не всегда*», одновременно указанные факты должны стать «основанием для того, чтобы в практическом порядке началось рассмотрение вопроса об обоснованности закона, о необходимости его отмены или внесения в него изменений»³.

С. С. Алексеев, опираясь на И. А. Покровского⁴, полагал, что в наиболее абстрактном виде термин право обозначает «социально оправданную свободу поведения», и существуют права, не закрепленные ни в законе, ни в общественной морали, но «которые непосредственно вытекают из социальной жизни»⁵. Эти права и совершаемые

¹ Алексеев С. С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

² Ильин И. А. Путь духовного обновления // Почему мы верим в Россию: Соч. М., 2007. С. 319.

³ Алексеев С. С. Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. М., 2010. С. 40.

⁴ Там же. С. 18–22.

⁵ Алексеев С. С. Теория права. М., 1994. С. 61.

на их основе действия могут быть обоснованы лишь своей социальной полезностью. Как пишет ученый, они «социально оправданы», оправданы тем, что прямо выражают объективные законы, требования соответствующих объективных закономерностей и интересов»¹. Разумеется, они «могут стать «оправдательной основой» для произвола, самочинных действий», поэтому их влияние на право «в соответствии с началами законности должно осуществляться в адекватных ей формах, т.е. через правотворчество или надлежащие формы юридической практики»². Но суть в том, что эти права объективно существуют, и не могут быть отчуждены, и если закон отказывается их признавать, они силой вторгаются в его сферу через революционное правосознание. С. С. Алексеев акцентирует внимание именно на позитивном праве. Что же касается общественной морали, то аналогичные суждения имеются у П. И. Новгородцева: «Поступать сообразно с общей нормой, но вопреки своему нравственному решению для нравственно развитой личности представляется... невыносимым внутренним противоречием... Принудительная система нравственности в случае несогласия лица с общими требованиями не оставляет иных выходов, как лицемерие для слабых и мученичество для сильных. Отнимая у человека возможность делать добро по собственному побуждению и постичь истину силой собственного внутреннего развития, она, в сущности, преграждает доступ к высшему нравственному совершенствованию»³. Подобно С. С. Алексееву, в случае неучета целесообразности ссылающемуся на революционное правосознание, П. И. Новгородцев, в случае неучета нравственного сознания, пишет о неизбежности социальных протестов. Оба мыслителя, в сущности, пытаются обратить внимание масс на достаточно важный аспект правового и нравственного сознания и воспитания, который П. И. Новгородцев формулирует следующим образом: «Важно, чтобы для личности оставалась возможность поступить по-своему и в иных случаях войти в противоречие с общественными требованиями во имя сознания высшей правды»⁴.

Таким образом, и в дореволюционной и современной российской юриспруденции отмечалась важность института гражданского неповиновения как «лакмусовой бумажки» справедливости (общественного идеала). При всей важности принципа законности наши правоведы не забывают о том, что в определенных ситуациях юридическая ответственность за нарушение закона не была бы справедливой, поскольку создавала бы препятствия активным стремлениям к справедливости.

¹ Алексеев С. С. Теория права. М., 1994. С. 62.

² Там же. С. 64.

³ Новгородцев П. И. Право и нравственность // Правоведение. № 6. 1995. С. 109.

⁴ Там же. С. 110.

Итак, подведем итог. В западной научной литературе обычно выделяются следующие критерии допустимости гражданского неповиновения: 1) крайняя необходимость; 2) вероятность успеха; 3) соразмерность; 4) правильный мотив; 5) условно коммуникативный характер. Однако подробный анализ данных принципов позволяет заключить, что действительно обоснованными критериями являются лишь крайняя необходимость и соразмерность. Именно они являются теми ориентирами, которые позволяют найти оптимальное сочетание стабильности и справедливости. В свою очередь правильный мотив и условно коммуникативный характер являются признаками гражданского неповиновения (т.е. определяют его как понятие), но не критериями его допустимости. Причем такие признаки гражданского неповиновения, как ненасилие, публичность и готовность принять наказание в действительности являются лишь вариациями (проявлениями) условно коммуникативного характера гражданского неповиновения, причем вовсе не обязательными. Гражданское неповиновение в целом обосновывается пониманием социальной системы как инструменте стремления к справедливости. По всей видимости, наличие аргументов, оправдывающих гражданское неповиновение, указывает на то, что в действующем законодательстве следует предусматривать возможность освобождения от ответственности за отдельные правонарушения, если в действиях нарушителя усматриваются признаки гражданского неповиновения, отвечающего вышеуказанным критериям. Однако для того, чтобы социальная система действительно способствовала справедливости, она должна быть одновременно незыблемой и гибкой. Поэтому социальная норма всегда суть компромисс между абстрактностью и конкретностью: относительная абстрактность закона есть действенный способ пожертвовать конкретностью как таковой (могушей быть справедливой или несправедливой) с целью обеспечить хотя бы частичную справедливость. Проще говоря, даже самый справедливый закон справедлив лишь для подавляющего большинства, но не для всех случаев его применения. Отсюда, с одной стороны, необходимо, найти оптимальный баланс абстрактности и конкретности (чем ближе закон к оптимуму, тем более он справедлив, т.к. оказывается справедливым в большем числе случаев), с другой стороны, необходимо также определить последствия несоблюдения не соответствующего оптимуму закона (не будут ли такое несоблюдение еще дальше уводить нас от оптимума?). Вопреки распространенному мнению, сказанное вовсе не означает, что нарушение закона допустимо только в случаях явной и крайней несправедливости. Соотношение стабильности и справедливости в действительности гораздо сложнее.

Кузьмицкая Оксана Юрьевна

ассистент кафедры теории государства
и права и политологии
МГУ имени М.В. Ломоносова

Категория «юридическая сила»: от истории к современной теории права

«Главная задача государства — привлечь силу к праву так,
чтобы с ее помощью господствовало право»

А. Шопенгауэр

Центральная категория, отражающая сущность и назначение права, позволяющая ему «жить» и функционировать в системе нормативных актов, наглядно иллюстрирующая взаимосвязь права и государства как институтов, — это категория «юридическая сила», сила самого права. С какой бы точки зрения мы ни смотрели на право, под углом зрения различных школ права и методологических подходов (философского, социологического, нормативного и т.д.) — мы с необходимостью видим волевою природу права, указание на источник дарования этого права обществу. Сила права раскрывает ценностное содержание права. Действующая правоприменительная практика явно доказала важнейшую роль «юридической силы» как понятия в праве — без определения этого понятия невозможно представить себе многогранной картины иерархии нормативных правовых актов в любой стране на протяжении всей истории человечества. Между тем, этот факт до сих пор так и не нашел в должной мере отражения в юридической науке, и разработке (сколько-нибудь глубокой) данной проблематики не уделено никакого внимания в учебной, научной литературе.

Все исследования данной темы ограничиваются лишь определением дефиниции «юридическая сила» не дают представлений о сущности и роли этого института.

Указание на значимость определения «юридическая сила» можно встретить довольно часто в литературе. Приведу лишь один из примеров, подчеркивающих значимость юридической силы как основания подразделения источников права на виды: «Дифференциация нормативных-правовых актов (...) имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение»¹. Следует отметить, что во многих энциклопедических юридических словарях (в том числе и современных) полностью отсутствует определение «юридической силы». Так, данной

¹ *Фомин А. А.* Чрезвычайное законодательство в российском государстве. Теория. История. Практика. Пенза, 2002, С. 62

дефиниции нет в «Юридическом словаре»¹, «Большом юридическом словаре»², «Толковом словаре юридических терминов»³ и многих других аналогичных изданиях (в том числе и почти всех изданиях 2008 года⁴). И это несмотря на то, что данная проблема волновала умы великих мыслителей и правоведов еще с Древнего времени, ставилась в литературных памятниках и находила воплощение и применение в практике законодательства. В этой связи тема «юридической силы» заслуживает особого рассмотрения, анализа в историческом срезе и иллюстрирования ее историческим материалом.

Понятие «юридическая сила» неразрывно связано с понятием «сила». В разные эпохи оно понималось по-разному, отражало так или иначе область применения этого явления — а применимо оно почти что во всех областях человеческого бытия (будь то физика, астрономия, биология, химия, философия, психология, социология, правовая материя, филология, религия, мораль, нравственные начала бытия, искусство и многие другие ипостаси). В этой связи закономерно встает вопрос — только ли право располагает особой «силой», или это понятие привнесено из других наук, особая ли «сила» в правовой сфере, в сфере властииуправления государства или это тождественные понятия?!

Особую властную, реальную природу права, а, следовательно, и юридической силы нормативных актов трудно оспорить, как и особую природу и смысловую нагрузку термина «сила» применительно к правовой реальности, к праву как особому регулятору общественной жизни. Однако словоупотребление «сила» имеет многовековую историю и, обратившись к ее корням, прольем свет на само понятие «юридическая сила», его значение в связи с влиянием на него других областей человеческой жизнедеятельности.

В России с понятием «сила» читатель познакомился из «Энциклопедического словаря. Томъ ХХІХ а» (издатели Ф. А. Брокгаузъ (Лейпцигъ) и И. А. Ефронъ (С.-Петербургъ), изданного в Санкт-Петербурге в Пращешном переулке и увидевшего свет в 1900 году⁵. В данном словаре давались четыре смысловых значения понятия «сила»: с точки зрения механики (физики), биологии, религии, юриспруденции. Так, первое значение «силы» — «la force, die kraft, механ. — ускореніе свободной матеріальной точке, къ которой она приложена»⁶. Если пере-

¹ Юридический словарь. М., 2005

² Большой юридический словарь. 3-е изд., под ред. А. Я. Сухарева. М., 2007

³ Головистикова А. Н., Грудыца Л. Ю. Толковый словарь юридических терминов, М., 2007

⁴ Большая юридическая энциклопедия. М., 2008

⁵ Энциклопедический словарь. Томъ ХХІХа. Типографія Акц. Общ. Издательское Дело, Брокгаузъ-Ефронъ. С.-Петербургъ. 1900, С. 864

⁶ Там же.

нести это на юридическую практику — то здесь мы находим некие параллели со словоупотреблением «юридической силы» в теории права: не так ли волевая природа (властная, конкретная, персонифицированная природа понятия «юридическая сила», биологическая сущность, характеризующая человека как носителя власти в государстве) права, производная от государства, государственной власти задает направление, можно сказать, проводит в жизнь нормативный акт, «ускоряет» вектор его движения. Здесь мы, несомненно, сталкиваемся с широким смысловым значением термина «сила» и «юридическая сила», которые берут свое дефинитивное начало, исток в лексических корнях механики. Следующее значение «силы» — это «сила движущая»¹. Здесь Ф. А. Брокгауз и И. А. Эфрон подразумевали биологическую составляющую силы: то есть силу животных, которая определяется силой их мышц и их количеством. В юридической науке мы также имеем дело со сходной материей — юридическая сила нормативному акту задается конкретной властью, конкретными носителями этой власти, субъектами социума — людьми. Таким образом, и биологическая составляющая находит свое отражение в теории права — юридическая сила, словами Энциклопедического словаря 1900 года, «определяется силой» законодателя, того, от чьего имени исходит нормативный акт и того, кто следит за его «жизнью», претворением его к точному и неуклонному исполнению. В этом смысле мы можем говорить о нормативном акте как о некой живой материи, которая подвержена изменениям, имеет свой жизненный цикл и во многом зависит от воли законодателя, от его «силы». Третье понимание силы в начале XX века в России сводилось к религиозному осмыслению данного термина: «Сила — один из 70 апостоловъ»². И, наконец, последнее, непосредственно правовое понимание — как «сила превосходящая, непреодолимая». В этой трактовке «сила» употреблялась в общей части уголовного права, в гражданском праве того времени.

Таким образом, диапазон употребления термина «сила» весьма широк: сила духа, сила слова, сила идей, сила земли, сила информации, сила звука, сила света, сила политики, сила коллектива, сила указаний, сила любви и ненависти, сила механизации, сила молитвы, физическая сила, сила мысли, сила агитации, сила дружбы, сила общественного мнения, сила общественного воздействия, сила поля, сила правды, сила влияния, сила воздействия, сила идей, сила примера, сила притяжения, «сила сильных»³, сила таланта, сила судьбы, сила труда, сила тяжести, сила удара, сила цвета, сила музыки, «нечистая» сила, сила подсозна-

¹ Энциклопедический словарь. Томъ ХХІХа. Типографія Акц. Общ. Издательское Дело, Брокгаузъ-Ефронъ. С.-Петербургъ. 1900, С. 864.

² Энциклопедический словарь. Томъ ХХІХа. С.-Петербургъ. 1900, С. 864.

³ *Джек Лондон*. Л., 1925, С. 10.

ния, обратная сила закона — вот лишь некоторые варианты этого словопользования. А вьетнамское «сила» (Si La) обозначает название народа в Юго-Восточной Азии, Сила — также один из языков народа сила, относящийся к тибето-бирменским языкам. Все эти способы употребления термина «сила» не смогут объективно продемонстрировать всей глубины его богатого смыслового значения. Многие из них не имеют прямого отношения к правовой материи, однако наглядно иллюстрируют с разных сторон волевою, властную направленность понятия «сила» и «юридическая сила», соответственно, что играет важную роль для раскрытия темы моего диссертационного исследования.

Отметив с этимологической точки зрения властный, волевой, персонализированный характер «юридической силы», обратимся к истокам зарождения самого словосочетания «юридическая сила». То, что касается правовой традиции его употребления — то первые упоминания, где имел место спор о юридической силе источников права, мы находим еще в 426 году в памятнике письменности Древнего Рима — в Законе Валентиниана III, датированном 426 годом. Данный закон содержал нормы «о цитировании юристов, положения которых имели для суда законную силу»¹. Действительно, во времена Древнего Рима высказывания наиболее авторитетных юристов считались источником права. В законе Валентиниана III речь шла о пяти юристах II-III веков, пользовавшихся наибольшим авторитетом: Гае, Папиниане, Павле, Ульпиане и Модестине. При разночтениях между их суждениями спор решался мнением большинства. Если и это было невозможно, то при равенстве голосов предпочтение отдавалось мнению Папиниана. Следует также указать, что данный закон признавал «законную силу» положений и других юристов, которые цитировались в трудах названных выше пяти юристов. В числе таких цитируемых юристов особо выделялись Сабин, Сцевола, Юлиан и Марцелл². Интерес представляет тот факт, что в случаях разночтений между суждениями пяти вышеуказанных юристов приоритет отдавался мнению Папиниана. В данном случае законодатель, хоть явно и не пользуясь современной нам терминологией, конструкцией «юридическая сила», сквозь призму веков наглядно демонстрирует развитость юридического мышления в ту эпоху и показывает иерархию источников права (здесь мы имеем дело с внутривидовым делением источника права) по юридической силе, как бы указывая: «Положения Папиниана обладают большей юридической силой, чем положения других юристов».

Позднее, император Цезарь Флавий Юстиниан пунктом седьмым Конституции «О составлении Дигест» от 15 декабря 530 года³

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 2007, С. 459.

² Там же. С. 459.

³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: учебное пособие / сост. Садиков В. Н., М., 2006, С. 79. В редакции — Дигесты Юстиниана. М., 1984

будет повелевать, обращаясь к своему квестору Трибониану: «Если вы найдете в старых законах или конституциях, помещенных древними в их книгах, что-либо неправильно написанное, то вы должны исправить и привести в порядок; что вы изберете и поместите, то и будет считаться истинным и хорошим и как бы написанным с самого начала, и никто не должен осмеливаться на основании сравнения со старыми томами доказывать порочность (вашего) писания¹. Выражаясь современной юридической лексикой, здесь мы имеем дело с Законом о введении в действие Дигест Юстиниана, который дарует юридическую силу данному памяtnику письменности. Дальнейшее непосредственное употребление термина «юридическая сила» прослеживается в самих Дигестах (или Пандектах) Юстиниана, где в пункте седьмом титула III «О законах, сенатконсультах и долговременном обычае»² приводится положение юриста первой половины III века Модестина, и мы встречаем термин «сила (действие) права»³. А в титуле IV «О конституциях принципсов» в пункте четвертом Модестина цитируют следующим образом: «Позднейшие законы имеют большее значение, чем те, которые были раньше»⁴. Данное положение современный читатель мог бы интерпретировать в качестве высказывания не иначе, как о юридической силе законов.

Следует признать, что историю самого термина «юридическая сила» проследить довольно сложно, что, во многом, связано с терминологией и значением, актуальным именно для того или иного времени (в рассматриваемой теме — это право Древнего мира и дальнейшее развитие употребления данного термина в Средние века, Новое и Новейшее время).

Конкретное значение понятия «юридическая сила» в современном понимании не соответствует применению «юридической силы» в исторической протяженности, например, в пространстве права Древнего мира. Значение, вкладываемое законодателем уже к тринадцатому веку (Средневековое общее право Англии), является более близким по смысловому значению и словоупотреблению к современному понятию «юридическая сила». В различные эпохи в термин «юридическая сила» вкладывался различный смысл. Здесь следует иметь в виду специфику источников права в ту или иную эпоху; так, например, термин «юридическая сила» применялся к такому источнику права как

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: учебное пособие / сост. Садииков В. Н., М., 2006, С. 79. В редакции — Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 79.

² Там же. С. 82.

³ Там же. С. 82.

⁴ Там же. С. 85.

обычай¹. О том — применим ли вообще этот термин к такому источнику права как обычай (не имея в виду даже современное употребление его в странах англо-саксонской правовой семьи) — это вопрос, заслуживающий отдельного рассмотрения. Однако все-таки определенные выводы и характеристики применения термина «юридическая сила» сделать представляется возможным. Так, из приведенного анализа видна сложность поиска эквивалента «юридической силы» в истории. Только в XVII веке в работе «Левиафан, или материя, форма и власть государства», опубликованной в Лондоне в 1651 году, английский философ, теоретик естественного права Томас Гоббс (1558–1679 гг.) даст свое видение юридической силы нормативных актов. Следует отметить, что концепция Гоббса не пользовалась популярностью в то время у сторонников короля². После смерти философа «Левиафан» был публично сожжен согласно решению Оксфордского университета. А еще до этого события данный труд был включен католической церковью в «Список запрещенных книг». Однако с точки зрения рассматриваемой мною темы «юридической силы» Т. Гоббс демонстрирует развитость правового мышления для эпохи XVII века, его произведение «Левиафан, или материя, форма и власть государства» может характеризоваться как прорыв в осмыслении правовой материи и категории «юридическая сила» в частности, несмотря на общую религиозную направленность взглядов и мировоззрения в целом философа. Интерес в этой связи представляет аналогия, приводимая Т. Гоббсом, воли Бога с силой, способной произвести все³. И, таким образом, Гоббс здесь признает законы производными от воли Бога. Речь, конечно, только о естественных законах. Другие, «воля и законы государства, того или тех, кто имеет верховную власть» — «знаки в силу установления»⁴. Как видно уже из приведенных отрывков Гоббс активно оперирует понятием «сила» в различных значениях и контекстах, связанных с правом и властными отношениями. Примечателен факт употребления в работе «Левиафан» термина «правовая сила». «Правовая сила закона состоит в том, что он является приказанием суверена»⁵, — пишет Т. Гоббс в части второй «О государстве» своей работы «Левиафан». Автор оперирует так же такими понятиями, как «обязательная сила закона (речь о гражданском законе)», «сила верхов-

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: учебное пособие. Сост. Садилов В. Н., М., 2006, С. 188. *Брактон Г.* О законах и обычаях Англии. Английское право. Т. 1. Из книги I. Гл. 3., & 2.

² История политических и правовых учений., изд. 2, под. ред. О. Э. Лейста, 2004, С. 202

³ *Томас Гоббс.* Левиафан. М., 2001. С. 249.

⁴ Там же. С. 251.

⁵ Там же. С. 188.

ной власти», «сила закона, обусловленная волей суверена»¹ и другие сходные по смысловому словоупотреблению словосочетания. Гоббс в своем произведении «Левиафан» делает попытку дать разделение законов. Он предлагает разделять их на «основные» и «неосновные». «Основным законом в каждом государстве является тот, по упразднении которого государство, подобно зданию, у которого разрушен фундамент, должно рухнуть и окончательно распасться. Поэтому основным законом (fundamental law) является тот, на основании которого подданные обязаны поддерживать всякую власть, которая дана суверену — монарху или верховному собранию — и без которой государство не может устоять»², — так выражает свой взгляд на классификацию законов великий мыслитель. Примером «основного» закона может служить, по Гоббсу, право объявления войны и заключения мира, судебная власть. В качестве же «неосновного» закона автор «Левиафана» предлагает рассматривать те законы, «упразднение которых не влечет за собой распада государства»³. Речь о законах о тяжбах между подданными.

Во многом на мировоззрение философа повлиял французский мыслитель Пьер Гассенди (или Гассенд) (1592–92–1655гг.) который много внимания в своих трудах уделял волевым отношениям в государстве, их дефиниции, природе и характеристике «воли» как отношения, вытекающему из данных разума, всегда сопровождающемуся действием. Что касается влияния творчества Гоббса на других мыслителей, то по своим воззрениям на политическую организацию общества в целом Гоббса можно считать предшественником гегелевской «Философии права». В этой связи хотелось бы привести высказывание Карла Маркса и Фридриха Энгельса в адрес Гоббса, с недоверием характеризующее гоббсовское соотношение понятий «государственная власть» и «закон», роль государственной власти в творении права: «Если признать силу базисом права, как это делают Гоббс и т.д., то право, закон и т.д. — только симптом, выражение других отношений, на которых покоится государственная власть»⁴. «Болезнь», или естественное состояние и черта, неотъемлемо присущая любой верховной власти и вытекающая из ее природы — эта сила власти, которая проявляет свое главное назначение — быть носителем власти творить право. Что позволяет праву быть «сильным» не в смысле проистекания из возможности применения силы государством, а от мощи его установлений и предписаний, от его воли. А воля, в свою очередь, не может не базироваться в том или ином проявлении на силе как таковой.

¹ Томас Гоббс. Левиафан. М., 2001. С. 183.

² Там же. С. 198, 199.

³ Там же. С. 199.

⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2 изд., т.3, С. 322

Существование силы, которая помогает проводить законы и другие источники права в жизнь не подвергается сомнениям. И не случайно, говоря и читая в различных источниках о «юридической силе правовых установлений», мы употребляем термин «сила». Эта, так до конца и не понятая мыслителями, законодателями и различными адресатами, субстанция существует на протяжении многих веков на бумаге и в умах людей, живет, функционирует и развивается в смысловых значениях во времени и пространстве. Чем же иным является эта субстанция, как не самой этой «жизнью» — «жизнью Права». А эта самая «жизнь» не может существовать сама по себе, абстрактно и полностью независимо от других институтов государства и права в целом. Она кем-то или чем-то даруется, от кого-то или чего-то зависит и подчинена, как и любой живой организм, а не только предмет научных изысканий из сферы правовой материи.

Другой классический пример — Георг Вильгельм Фридрих Гегель (1770—1831), представитель немецкой философской школы идеализма, оперирует в своей работе «Философия права» термином «действительное право»¹. Основанием государства, и, следовательно, исходящей и реализованной, выраженной в праве, является, по мнению мыслителя «власть разума», которая осуществляет себя как волю. Автор уточняет, что речь о законодательной власти, придающей праву всеобщий характер, однако в котором может быть искажено содержание самого права. То, что является законом, может быть отличным от того, что есть право, так как Гегель признает существование как правовых, так и неправовых законов. Именно категория «воли», «свободы воли» указывает в его «Философия права» на источник дарования этих правовых и неправовых законов людям. Основой права исследователь считал свободу воли, причем использовал категориальный аппарат «меры этой свободы».

Можно сделать вывод о том, что Гегель измерял степень свободы, а в конечном счете, и уровни той силы, с которой право будет действовать в обществе, ведь право это своеобразная мера свободы. Философ не указывает на отличительные признаки правового закона, однако указывает два обстоятельства, препятствующие выражению содержания права в законе — это случайность и своеволие. Вся работа Гегеля пронизана косвенным указанием на источник дарования права народу, на конкретизацию необходимых условий для претворения права в закон, а закон в «правовой». По мнению автора, таковым источником является законодательная власть в государстве, которая обязательно должна обладать высоким культурным уровнем, в том числе и правовым, который отразится на реально существующем праве в стране, на «праве в себе».

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права, М., 2007, С. 144

Схожие идеи мы находим в произведениях многих представителей немецкой классической философии — Иммануила Канта, Иоганна Готлиба Фихте, Фридриха Вильгельма Йозефа Шеллинга и других. Так, И. Кант считал, что право должно основываться только на свободе («Метафизика нравов»). В «Критике практического разума» появляется категория воли, ведущей от субъекта мышления к его объекту. Моральные законы свободы мыслитель считал юридическими законами, отраженными в том числе и в положительном праве (наряду с существованием естественного права) законодательной властью. «Законодательная власть может принадлежать только объединенной воле народа»¹, — считает автор и демонстрирует указание на источник положительного права. В «Метафизике нравов», ч.1 И. Кант использует категорию «сила закона»: «Нравственные законы имеют силу законов, только если они основаны а priori и осознаны как необходимые».

Идеи силы, власти, свободы в праве составляют основное содержание трудов другого видного представителя немецкой классической мысли, ученика Канта, — И. Г. Фихте. По мнению Фихте, право ничто без силы и принуждения, которое должно быть правомерным, то есть осуществляться в рамках юридического закона. Однако в будущем автор видит процесс отмирания права.

Таким образом, проследив историю развития идеи о «силе права», «силе закона», мы приходим к пониманию волевой природы права, находим источник дарования этого права народу. Что касается концепции естественного права, то природа, безусловно, является, по мнению представителей этой школы права, источником права, но анализ трудов многих представителей естественной школы права указывает на установление законов людьми, пусть и не по «воле законодателя» и существование неправовых законов, основанных на ошибке законодателя, а не природы. Сила права раскрывает ценностное содержание права и выступает силой государства. Поняв источник, вектор развития юридической силы, как понятия, а также уровни этой «правовой» силы, мы сможем приблизиться к пониманию природы права и исследовать процесс его функционирования.

¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права, М., 2007. С. 144.

ДОГМАТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ — ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ КОНЦЕПТ

Георги Митов

*профессор кафедры Уголовно-правовых дисциплин
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского, декан Великотырновского
университета святых Кирилла и Мефодия,
доктор юридических наук (Республика Болгария)*

Предание суду в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством Республики Болгарии

Выяснение природы института предания суду имеет важное теоретическое и практическое значение. На основе исторического и сравнительно-правового анализа видов предание суду в разные периоды и в разных законодательствах выведен критерий для определения модели предание в суд — приверженность суда предъявленному прокурором обвинению. Действующий Уголовно-процессуальный кодекс Болгарии регламентирует два вида передачи дела в суд — по преступлениям общего характера это делает прокурор с представлением обвинительного акта в суд, а по преступлениям, которые преследуются по жалобе потерпевшего — с распоряжением судьи-докладчика о рассмотрении дела в судебном заседании.

В законе о внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс (УПК), обн. ГГ, номер 63 от 4 августа 2017 года, название главы девятнадцатой УПК было изменено с “Подготовительные действия к рассмотрению дела в судебном заседании” на “Передача суду и подготовительные действия к рассмотрению дела в судебном заседании”, а ранее существовавшие два раздела — раздел I “Передача суду” и раздел II “Подготовительные действия к рассмотрению дела в судебном заседании” были исключены. Такое изменение в названии и в структуре этой части УПК связано с новой концепцией законода-

теля о этой стадии. В юридической литературе¹ вышеуказанные изменения исследовались в основном с учетом вновь регламентированного распорядительного заседания в порядке производства по делам общего характера и оснований для возвращения дела прокурору. Они не касаются вопроса о характере предания суду и модели в соответствии с действующим процессуальным законодательством. К сожалению, в данной поправке к УПК также отсутствует более четкая формулировка позиции законодателя² относительно ее природы, а значит, содержания и органов, обращающихся в суд. Такая непоследовательность в законодательной базе вызывает некоторые теоретические вопросы и создает практические трудности в правоприменении. Эти вопросы находятся в центре внимания данного исследования.

¹ См. *Чинова М.* Връщане на делото на прокурора от распоредително заседание за предаване на съд // Наказателното правораздаване — традиции и перспективи. Сборник доклади от научна конференция, организирана от Катедрата по наказателноправни науки на Юридическия факултет на Софийския университет “Св. Климент Охридски”, проведена в София на 6 ноември 2017 г. С.: Университетско издателство “Св. Климент Охридски”, 2018, 15–32; *Панова П.* Съществени ли са “съществени” процесуални нарушения, за да налагат връщане на делото на досъдебната фаза // Наказателното правораздаване — традиции и перспективи. Сборник доклади от научна конференция, организирана от Катедрата по наказателноправни науки на Юридическия факултет на Софийския университет “Св. Климент Охридски”, проведена в София на 6 ноември 2017 г. С.: Университетско издателство “Св. Климент Охридски”, 2018, 33–43; *Чинова М., Бележков Б.* Обща характеристика на предаването на съд и подготвителните действия за разглеждане на делото в съдебно заседание. — *Норма*, 2018, № 3, 60–100; *Ранчев И.* Распоредителното заседание преодолело ли проблемите, свързани с неоправданото връщане на делата за доразследване и спазването на принципа за приключване на наказателните производства в разумни срокове? // Сборник от научни четения, посветени на 140-годишнината от приемането на Търновската конституция, организирани от Юридическия факултет на Пловдивския университет “Паисий Хилендарски”. С.: Сила Норма, 2019, 294–309.

² Отсутствие концептуальной ясности в этом отношении характерно и для двух предыдущих процессуальных законов. В качестве примера можно привести изменения названия главы, регулирующей этот институт. В Уголовно-процессуальном кодексе 1952 года передача дела в суд регулировалась главой тринадцатой, которая называлась “Подготовительные действия”. В следующем процессуальном законе — Уголовно-процессуальном кодексе 1974 года, этот институт регулируется в тринадцатой главе, озаглавленной “Распорядительное заседание”, и состоит из двух разделов: раздел I “Передача суду” и раздел II “Подготовительные действия для рассмотрения дела в судебном заседании”. В законе о внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс УПК 1974 года, обн. ГГ, номер 31 от 17 апреля 1990 года, его название было изменено на “Подготовительные действия для рассмотрения дела в судебном заседании”, а отдельные разделы были исключены. С последующей поправкой, внесенной УПК 1974 года, введенным в действие Законом обн. ГГ, номер 50 от 30 мая 2003 года, название было вновь изменено на “Действия, предшествующие рассмотрению дела в судебном заседании”.

I. Для правильного понимания сути данного института необходимо предварительно рассмотреть **основные виды предание суду** в историческом и сравнительном аспектах.

1. **Задача передачи суду** — решить вопрос о наличии необходимых условий для рассмотрения дела по существу в судебном заседании. Иными словами, на основании доказательств, собранных в ходе досудебного расследования, оценить фактические и правовые основания виновности лица, привлеченного в качестве обвиняемого, и “готовность” обвинения к судебному разбирательству.

Этот осмотр до начала судебного процесса важен и играет двойную роль. Он обеспечивает интересы правосудия — чтобы суд рассмотрел обоснованное и доказанное обвинение, и в то же время гарантирует права и законные интересы обвиняемого, поскольку обвинение не будет рассмотрено по существу, если для этого нет соответствующих условий¹.

2. Преданию суду **можно определить** как “...стадию уголовного процесса, которая заключается том, что суд в установленном законом процессуальном порядке решает вопрос о достаточности представленных ему фактических данных и о наличии правовых оснований для разрешения в судебном разбирательстве вопроса о виновности привлеченных к уголовной ответственности лиц”². Это определение относится к тем законодательствам, в которых передача дела в суд осуществляется судебным органом.

В более общем смысле его можно определить как “... автономную отдельную систему уголовно-процессуальных актов и правоотношений, подчиненных задаче установления наличия или отсутствия необходимых условий для рассмотрения дела в судебном заседании”³.

Передача суду может являться самостоятельным производством, которое является соединительным (промежуточным)⁴ производством между досудебным (предварительным) и судебным (основным) производством⁵. Такое разделение не является обязательным — вполне возможно, что соответствующий законодатель может решить, что

¹ . См. *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Университетско издателство “Климент Охридски”, 1989, с. 452.

² См. *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М.: Издательство Академии наук СССР, 1958, с. 359.

³ См. *Кочев К.* Предаване обвиняемия на съд. С.: Наука и изкуство, 1984, с. 7.

⁴ Промежуточное производство (Das Zwischenverfahren) также понимается в немецком праве (§§ 198–212b Уголовно-процессуального кодекса Германии) и процессуальной теории — см. *Beulke W.* Strafprozessrecht. 12 auflage. М.: С. F. Muller, 2012, р. 235.

⁵ См. *Велчев С. П.* Ръководство по Углавния процес. Т. II. С.: Придворна печатница, 1924, с. 208; *Саранов Н.* Българско Наказателно-процесуално право. Т. II. С.: Печатница Художник, 1937, с. 521; *Павлов Ст.* Указ. соч., 451–452.

нет необходимости в такой связи между двумя фазами уголовного процесса.

3. Исторически и сравнительно известны **три основных типа передачи суду**¹. В разных странах они сложились исторически в зависимости от правовых традиций, законодательной концепции типа уголовного процесса и взглядов на гарантии обвиняемого от необоснованного обвинения. Разница между ними коренится в том, "... господствует ли в данном процесс обвинительная или следственная форма процесса, а также приемлемость к создаваемым условиям времени и мста, требования уголовного политики"². В связи с выявленными недостатками они часто подвергались изменениям и даже отказу от одного типа и принятию другого. Поэтому на основе исторического опыта можно выделить преимущества и недостатки каждого из них.

а) В первом типе передача суду осуществляется стороной обвинения путем подачи обвинительного акта (обвинительного заключения) в суд. Оно ближе всего к обвинительному началу. Эта система передачи суду осуществляется органом прокуратуры.

Это самая простая организация института предания суду. Она обеспечивает скорейшего рассмотрения дела на стадии судебного разбирательства и достижения процессуальной экономии. В этих случаях риск заключается в том, что обвиняемый, по отношению к которому существуют формальные препятствия для рассмотрения дела, окажется на скамье подсудимых. Кроме того, если дело не "готово" к судебному разбирательству по существу, технически это будет установлено только в ходе судебного процесса, и возвращение дела прокурору может оказаться невозможным.

В прошлом эта система была известна в Шотландии и Норвегии.

На современном этапе типичным примером такой концепции является Франция, где решение о передаче суду принимает прокурор (по менее тяжким преступлениям) или следственный судья или следственная палата (по более тяжким преступлениям, по которым проводится предварительное расследование). После вручения решения о выдаче суда обвиняемый может подать апелляцию в следственную палату или в кассационном порядке. В случае проступков и правонарушений, рассматриваемых исправительными или полицейскими су-

¹ См. подробнее исторически *Саранов Н.* Системы за предаване на съд. — Сьдийски вестник, год. XVIII (1936–37), № 6, 122–125. См. также *Велчев С. П.* Прокурорски надзор. Произход, развитие, функции. С.: Печатница Гладстонъ, 1928, 140–141.

² См. *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса (Судоустройство — Судопроизводство). С.-Петербургъ, Типографія М. М. Стасюлевича, 1895, с. 648.

дами, не происходит сдачи дела в суд в аспекте, рассмотренном выше, но дело поступает в суд по инициативе прокурора или следственных органов, и суд обязан рассмотреть его по существу.

б) Второй тип — передача дела в суд осуществляется отдельной коллегией присяжных заседателей, которые изучают доказательства обвинения. Эта система ставит прокурора под общественный контроль и лучше гарантирует права обвиняемого. Эта система называется “большое жюри” (особенно распространена в США), в отличие от “малого жюри”, которое рассматривает дело по существу.

Он характерен для англосаксонской правовой системы и первоначально применялся в Англии, а затем в Соединенных Штатах Америки. К 1891 году во Франции также существовало большое жюри присяжных по большинству преступлений. До 2000 года французское законодательство предусматривало аналогичную процедуру для наиболее тяжких преступлений, когда специальная обвинительная камера апелляционного суда, состоящая из трех профессиональных судей, решала вопрос о передаче суду первой инстанции с участием присяжных заседателей.

При таком виде разбирательства он является односторонним, поскольку рассматриваются только доказательства, представленные прокурором, без заслушивания аргументов защиты и оценки ее доказательств. Основными недостатками большого жюри называют отсутствие оперативности в обсуждении и ”... поверхностность при вынесении обвинительного заключения, а также необоснованное одобрение обвинительного акта из-за незнания закона“¹.

- В Соединенных Штатах Америки большое жюри состоит из 16–23 присяжных, и их основной функцией является рассмотрение обоснованности обвинения лица, привлекаемого к уголовной ответственности за совершение особо тяжких преступлений, когда обвиняемый не возражает против рассмотрения его дела этим большим жюри. Члены этого большого жюри не связаны с мнением прокурора или соответствующего эквивалента прокурорского должностного лица (полицейских и других). Они рассматривают только доказательства, представленные стороной обвинения, и могут по своему усмотрению допрашивать свидетелей, указанных обвиняемым. Решение большого жюри может утвердить или не утвердить обвинительное заключение в том виде, в котором оно было представлено, и может дать указание прокурору предъявить обвинение в менее тяжком преступлении.
- После ряда реформ этого института современное английское процессуальное законодательство (согласно Закону об уголов-

¹ См. Саранов Н. Системы за предаване на съд..., 124–125.

ном судопроизводстве и расследованиях 1996 года) предусматривает, что судьи магистратских судов (кроме тех, кто будет рассматривать дело по существу) в большом количестве случаев проводят распорядительное заседание с вызовом сторон и, в качестве “следственных судей”, изучают представленные доказательства и, после заслушивания сторон, передают обвиняемого в суд при наличии достаточных доказательств, представленных стороной обвинения, или прекращают дело. Существует также специальная краткая форма для особо тяжких мошенничеств или преступлений, жертвой которых является несовершеннолетний, когда отдельное слушание не проводится, а обвиняемый предстает непосредственно перед судом.

При этом, как и в прошлом, не участвуют присяжные, а сдачу осуществляют независимые судьи, которые впоследствии не рассматривают дело по существу.

в) Третий вид предание суду характеризуется тем, что суд осуществляет эту деятельность. Предложение прокурора о возбуждении судебного разбирательства рассматривается и контролируется судом, который, в случае положительного заключения, выносит специальное постановление.

Эта система бывает двух видов, в зависимости от того, решается ли вопрос о предании суду в порядке пересмотра (в силу закона) или по апелляции обвиняемого на обвинительное заключение. Исторически первый тип встречается во французском, немецком и российском законодательствах, а второй — в австрийском и венгерском.

- Согласно действующему законодательству Германии, предание осуществляется судом, которому подсудно дело, без участия присяжных. Председатель Судебной коллегии знакомит обвиняемого с обвинительным актом и одновременно предлагает ему в течение определенного срока объяснить, желает ли он заявить ходатайство о получении конкретных доказательств до того, как суд примет решение по вопросу об открытии производства или возразить против постановления об открытии производства. Прежде чем суд примет решение об открытии производства, он может — в целях лучшего выяснения обстоятельств дела — распорядиться о получении конкретных доказательств.

Передача суду обвиняемому осуществляется определением, когда результаты предварительного производства показывают наличие достаточных оснований для осуждения подозреваемого в совершении преступления (§ 203 Уголовно-процессуального кодекса Германии). При вынесении такого решения орган, выносящий решение, не связан просьбами обвинения (§ 206 Уголовно-процессуального кодекса Германии). В своем постановлении суд должен указать, с какими

изменениями он принимает обвинительное заключение к производству. Постановление об открытии судебного заседания не может быть обжаловано обвиняемым, а отказ может быть обжалован прокуратурой¹.

- Современная российская модель передачи дела в суд регулируется аналогично немецкой промежуточной процедуре. После реформы 1992 года в законодательстве в качестве юридического термина используется не “предание суду”, а “подготовка к судебному заседанию” (глава тридцать три УПК РФ).

На закрытом заседании суд единолично рассматривает представленное ему дело и назначает день рассмотрения дела в судебном заседании по существу. По собственной инициативе или по ходатайству сторон он может назначить предварительное слушание, когда часть представленных доказательств подлежит исключению, вернуть дело прокурору, приостановить или прекратить уголовное преследование, провести о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных и т. д. (ст. 229 УПК РФ). Во всех случаях существа дела не обсуждаются².

Судебный акт, назначающий судебное разбирательство по обвинению, пересмотру не подлежит.

4. В Болгарии предание суду также проходит через различные типы и имеет специфические особенности, отличающие его от типичной модели, принятой в соответствующий период.

а) Согласно Закону об уголовном судопроизводстве 1897 года (ЗУС), привлечение к ответственности осуществляется прокурором путем составления обвинительного акта и подачи его в суд. Данная система относится к первому типу — передача суду осуществляется органом прокуратуры, без контроля со стороны суда и возможности обжалования со стороны обвиняемого.

Процессуальное законодательство также предусматривает особую форму передачи суду в случае ходатайства прокурора о прекращении производства по делу (ст. 296 ЗУС). Если суд не согласен с мнением прокурора, вопрос о прекращении дела передается в Апелляционный суд — Гражданский отдел. Если Апелляционный суд принимает мнение окружного суда, он выносит постановление о привлечении к суду лиц, находящихся под следствием. В этом случае постановление составляется в соответствии с требованиями, предъявляемыми к обвинительному акту, и заменяет обвинительное заключение.

¹ См. подробнее *Beulke W.* Op. cit., 235–242.

² Более подробное изложение см. в Курс уголовного процесса. МГУ, Юридический факультет, Кафедра уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора / Под редакцией Л. В. Головки. 2-е издание, исправленное. М.: Статут, 2017, 853–864.

Таким образом, передача в суд в соответствии с ЗУС является смешанной формой¹. В принципе, это делает прокурор, но в исключительных случаях — суд, и рассматривает дело не суд, а вышестоящий (апелляционный) суд.

б) Следуя советской модели, УПК 1952 года приняла судебную форму предания суду, т.е. третий тип системы.

После того как обвинительное заключение (обвинительный акт) представлено прокурором в суд, судья-докладчик, если он согласен с обвинительным заключением, передает обвиняемого в суд и выносит постановление о вручении копии обвинительного заключения подсудимому. Если дело требует дополнительного расследования или имеются основания для прекращения или приостановления производства по делу, изменения квалификации, меры пресечения или подсудности, судья передает дело на распорядительное заседание с участием прокурора. Обвиняемый должен быть вызван в суд, если орган, выносящий решение, сочтет это необходимым.

Суд обсуждает полноту предварительного расследования, обоснованность обвинительного заключения, ходатайства и жалобы сторон, соблюдение процессуальных норм, гарантирующих права обвиняемого, правильность квалификации преступления, меру пресечения в виде заключения под стражу, лиц, подлежащих вызову, и другие доказательства, а также другие вопросы, имеющие значение для ведения дела. По результатам обсуждения орган выносит постановление о передаче обвиняемого в суд, приостановлении или прекращении производства по делу, если для этого есть основания, или о возвращении его прокурору для дальнейшего расследования с указанием конкретных действий, которые необходимо предпринять.

Положением ст. 166 УПК 1952 года прямо запрещено не рассматривать существо обвинения на распорядительном заседании. Тем не менее, производство может быть прекращено, если деяние не является уголовным преступлением.

Эта модель, как и модель, установленная в советском законодательстве, подвергалась критике в основном из-за смешения обвинительной и судебной функций и принятия судом на себя ответственности за обвинительное заключение².

в) Уголовно-процессуальный кодекс 1974 года сохранил структуру предыдущего процессуального законодательства.

¹ См. *Велчев С. П.* Ръководство по Углавния процес. Т. II., с. 213; *Саранов Н.* Българско Наказателно-процесуално право. Т. II., с. 526; *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Наука и изкуство, 1959, 666–667.

² Более подробную критику см. *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Наука и изкуство, 1959, 663–667; *Перлов И. Д.* Предание суду в советском уголовном процессе. М.: Юриздат, 1948, 18–25.

После демократических перемен в Болгарии в 1989 году, в апреле 1990 года были приняты существенные изменения в УПК (Закон о внесении изменений и дополнений УПК 1974 года, обн. ГГ, номер 31 от 17 апреля 1990 года), в том числе на стадии передачи дела суду. Распорядительное заседание было отменено, а передача суду осуществлялась только по распоряжению судьи-докладчика.

Наиболее значительные изменения касаются отмены возможности для судьи-докладчика прекратить уголовное производство, если деяние не является уголовным преступлением и если обвинительное заключение явно необоснованно (ст. 247, п. 1 УПК 1974 года в редакции, существовавшей до изменения от 17 апреля 1990 года). Также отменено право прекращать производство и возвращать дело прокурору, если не собраны доказательства и подлежит применению закон о более тяжком преступлении в случае существенного изменения обстоятельств обвинения или включения в обвинение новых преступлений или новых лиц (ст. 246, п. 1, 2 и 4 УПК 1974 года в редакции, существовавшей до изменения от 17 апреля 1990 года).

Регламентировано, что возвращение прокурора должно происходить только тогда, когда в ходе предварительного производства было допущено существенное нарушение процессуальных норм, повлекшее ограничение процессуальных прав обвиняемого или его защитника (ст. 246, п. 1 УПК 1974 года, в редакции после изменения от 17 апреля 1990 года).

Эти поправки изменили концепцию передачи суду, и теперь она осуществляется прокурором, а суд не занимает позицию по обвинению и не рассматривает его по существу до рассмотрения дела в первой инстанции. Возвращение дела прокурору осуществляется только в случаях нарушения процессуальных прав обвиняемого и его защитника как гарантия защиты основных прав и свобод граждан.

г) Нынешний УПК “отступил” от концепции и разрешил в первоначальной редакции ст. 250, п. 1 (2) УПК (до закона о внесении изменений и дополнений УПК, обн. ГГ, номер 63 от 4 августа 2017 года) прекратить уголовное производство, если деяние, описанное в обвинительном акте или жалобе, не является преступлением. Это вновь обязывает судью-докладчика на рассмотрение по существу представленного ему обвинительного заключения и вынести по нему свое решение.

Значительные изменения в 2017 году будут прокомментированы далее в данном исследовании.

5. На основе вышеуказанных видов предания суду в исторической и сравнительно-правовой перспективе и обозначенных особенностей каждого из них, а также их конкретного проявления в отдельных законодательствах, можно вывести **основной критерий для определения соответствующего вида** и его **основные преимущества и недостатки**.

а) Концептуально можно выделить две модели передачи суду. Критерием их разграничения является ответ на основной вопрос перехода от досудебного производства к рассмотрению дела по существу в первой инстанции — обязан ли суд рассматривать предъявленное прокурором обвинение, или нет?¹. Исходя из ответа на этот вопрос, системы передачи суду можно разделить на две модели.

Первая — когда суд связан предъявленным обвинением. В этой гипотезе передача в суд осуществляется органом, выполняющим функцию обвинения — органом обвинения (прокурор, следственный судья, следственная палата и т.д.).

Вторая — когда он не связан с предъявленным обвинением. Затем предание суду осуществляется судебным органом. В этом случае у суда есть возможность отказаться рассматривать его по существу, изменить его или прекратить производство. В этом случае возможны два варианта — решающим органом должен быть тот, который будет рассматривать дело по существу (как в Германии, несмотря на непривлечение присяжных) или независимая коллегия (большое жюри в США и т.н. “проверяющие судьи” в Англии).

б) Каждая из этих двух моделей имеет свои преимущества и недостатки. Поэтому не существует идеальной модели предания суду. Учитывая национальные особенности и традиции, а также конкретные потребности на определенном этапе законодательного регулирования данного института, каждый законодатель старается уменьшить или ограничить конкретные негативные тенденции. Ранее в изложении (в историческом и сравнительно-правовом исследовании) были отмечены некоторые особенности различных видов предания суду. Здесь я попытаюсь систематизировать их с учетом двух выдвинутых моделей.

- Первая модель четко определяет границу между органом, являющегося субъектом обвинения и выполняющего обвинительную функцию, и судебным органом, принимающим решение. Это снимает любые подозрения в “предвзятости” и предубеждении, когда тот же суд принимает решение по существу дела, или в “пособничестве” обвинению, когда судебный орган (отличный от того, который рассматривает дело по существу — большое жюри или другая коллегия судей) передает суду. Таким образом, в полной мере реализуется принцип состязательности уголовного процесса, достигается быстрота и процессуальная экономия.

Основной проблемой данной модели является контроль за досудебным разбирательством (или расследованием), который является односторонним и внесудебным. Гипотетически возможно, что в ходе судебного разбирательства по существу могут быть обнаружены недостатки и формальные препятствия, которые помешают дальнейше-

¹ . См. более подробно Курс уголовного судопроизводства, 847–849.

му развитию процесса. Поэтому различные законодательства ищут средства для решения этой проблемы, и процессуальные законы часто предусматривают возможность возвращения дела в досудебное производство еще до рассмотрения дела по существу в судебном заседании в случае существенного нарушения процессуальных прав обвиняемого или потерпевшего.

- Вторая модель также не является беспроблемной. Согласно этой модели, судебный пересмотр обвинения в достаточной степени гарантирует права обвиняемого, но подразумевает вмешательство во обвинение. Судебное вмешательство варьируется от рассмотрения достаточности представленных доказательств (согласно УПК Болгарии 1952 года и УПК Болгарии 1974 года) в поддержку версии обвинения до изменения обвинения (согласно немецкому законодательству) и полного или частичного прекращения производства по обвинительному заключению.

Вариация этой модели, когда контроль осуществляется судебным органом, отличающегося от того, который рассматривает дело по существу, недостаточно гарантирует его деятельность и создает гипотетическую возможность формального осуществления этой важной деятельности по предание суду. Более того, гипотетически возможно, что такой “двойной контроль” (со стороны передающего суда и суда, рассматривающего дело по существу) может создать больше проблем и противоречий в разрешении конкретного дела.

II. В соответствии с действующим Уголовно-процессуальным кодексом Болгарии модель “предание суду” заключается в том, что это должно быть **сделано прокурором** путем представления обвинительного акта (обвинительного заключения) в суд. Другими словами, передача суду осуществляется органом, выполняющим функцию обвинения в уголовном процессе.

1. Прокурор является единственным государственным органом, который может привлечь к уголовной ответственности лиц, совершивших преступление общего характера (ст. 127, п. 3 Конституция Республики Болгарии). Он осуществляет эти конституционные полномочия путем подачи обвинительного акта в суд первой инстанции.

Современное понимание предъявления обвинения, соответствующее европейскому стандарту уголовного процесса, заключается в том, что оно — “предание суду” осуществляется только прокурором, подавшим в суд обвинительный акт (обвинительное заключение). Таким образом, согласно теории права¹, привлечение лица в качестве обвиняемого в ходе досудебного производства является предварительным обвинением, а окончательное обвинение форми-

¹ См. Чинова М. Досудебного производство по НПК. Теория и практика. С.: Сила, 2013, 316–317.

руется только в обвинительном акте, которой передается в суд (ст. 242, п. 1 *in fine* УПК).

2. Для аргументации в пользу нынешней болгарской модели (прокурор передает суду) следует ответить на вопрос — **связан ли суд с предъявленным прокурором обвинением и может ли он вносить в него изменения**, в том числе отказаться от рассмотрения по существу и прекратить производство по делу.

а) На распорядительном заседании не должно быть обсуждения достаточности доказательств и обоснованности предъявленного обвинения¹. Это следует из запрета на обсуждение на этом заседании нарушений, связанных с приобщением, собиранием, исследованием и оценкой доказательств и средств доказывания (ст. 248, п. 4 УПК).

Постоянная судебная практика гласит, что "... на этой стадии разбирательства судья-докладчик (в рамках действующей правовой базы — суд — б. м. Г. М.) не имеет полномочий исследовать совокупность доказательств и в соответствии с этой совокупностью принимать решение по вопросам, касающимся состава преступления. Обоснованность обвинительного заключения также не подлежит оценке, поскольку оно опять же связано с доказательствами по делу"².

б) Суд в ходе распорядительного заседания не имеет право на внесение изменений (в широком смысле)³ в обвинении, выдвинутом прокурором. Другими словами, он не может внести несущественную поправку в изложении фактов и изменить юридическую квалификацию деяния путем применения закона за то же самое, аналогичное или менее наказуемое правонарушение.

в) Прекращение уголовного преследования на этой стадии может быть произведено только по основаниям, исключающим принятие решения по существу предъявленного обвинения (ст. 250, п. 1 УПК).

Все основания, указанные в ст. 24, п. 1 УПК, не требуют рассмотрения и принятия решения по существу предъявленного обвинения. Они универсальны: могут возникнуть на любой стадии процессуального развития дела. Возражение в этом отношении может быть выдвинуто в отношении основания по ст. 24, п. 1 (8) УПК — преступник освобождается от уголовной ответственности с применением мер воспитательного характера. Решение суда по этому вопросу связано с оценкой того, совершил ли несовершеннолетний преступление и подлежит

¹ См. подробнее об этом *Чинова М. и Бележков Б.* Указ. соч., с. 63.

² См. р. № 281–2011 — П — ВКС.

³ Согласно УПК, изменение обвинения возможно только в случае существенно-го изменения обстоятельств обвинения или в случае необходимости применения закона о более тяжелое наказуемое преступление (ст. 287, п. 1 УПК). Во всех остальных случаях изменение обвинения в соответствии с действующим законодательством не производится.

ли он уголовной ответственности, что является вопросом существования дела. Поэтому данное прекращение дела *de lege ferenda* должно быть отменено.

Аналогичная ситуация применима к основанию по ст. 250, п. 1 (2) УПК — деяние, описанное в обвинительном акте, представляет собой административное правонарушение. Суд, рассматривавший дело, постановил по существу, что совершенное деяние представляет собой не уголовное преступление, а административное правонарушение.

Эти два основания для прекращения уголовного дела дают суду право по своему усмотрению оценить по существу предъявленное обвинение и изменить его, тем самым фактически прекратив уголовную ответственность. Другими словами, эти полномочия суда в распорядительном заседании противоречат общей идее передачи суду прокурору.

г) Возвращение прокурора с досудебного производства должно быть связано только с устранимым существенным нарушением процессуальных норм, допущенным в ходе досудебного разбирательства, которое привело к ограничению процессуальных прав обвиняемого, потерпевшего или его наследников (ст. 249, п. 2, прочитанная со ст. 248, п. 1 (3) УПК). В этом случае суд должен указать в своем постановлении допущенные нарушения.

Решающий орган не имеет право поручить прокурору изменить обвинительное заключение, собрать новые доказательства и тому подобное, касающееся достаточности доказательств, обоснованности и правильности предъявленного обвинения.

В принципе, возвращение дела прокурору в связи с устранимым существенным нарушением процессуальных норм, допущенным в ходе досудебного производства, повлекшим за собой ограничение процессуальных прав обвиняемого, потерпевшего или его наследников, является гарантией обеспечения их прав и законных интересов. Не всегда данным подходом возможно достичь такого эффекта и часто приводит к неоправданной задержки в процессуальном развитии дела (напр. выявленное нарушение “компенсируется” при подготовке распорядительного заседания)¹. Отдельным вопросом является вопрос, касаемый того, что передача дела обратно прокурору, противоречит принципу центральности судебного разбирательства.

д) Обвиняемый не может обжаловать предъявленное судом обвинение прокурора.

Возможность обжалования постановления в соответствии со ст. 248, п. 1 (3) УПК в соответствии с главой двадцать второй (ст. 249, п. 3 УПК) связан с отказом суда прекратить судебное разбирательство и вернуть дело прокурору за устранимое существенное нарушение

¹ См. подробнее об этом Чинова М., Бележков Б. Указ. соч., 98–100.

процессуальных норм, допущенное в ходе досудебного производства, повлекшее ограничение процессуальных прав обвиняемого. Это не касается предъявленного обвинения.

3. Поскольку **предание суду** осуществляется прокурором с направлением обвинительного заключения в суд, для этого **не требуется специального акта суда**. Это делается *ex lege* путем подачи обвинительного акта в суд. Оно совпадает с началом судебного разбирательства (ст. 247, п. 1 (1) УПК).

Суд первой инстанции не вправе отказать в рассмотрении существа предъявленного обвинения. Основная цель назначения распорядительного заседания — проверить было ли допущено существенное процессуальное нарушение в досудебном производстве, которое привело к ограничению процессуальных прав обвиняемого, потерпевшего или его наследников, и соответственно отклонить ходатайство о возврате дела прокурору из судебного заседания первой, апелляционной и кассационной инстанций, тем самым обеспечив ускорение процесса. Также должны быть сформированы стороны и проведены подготовительные действия для рассмотрения дела в судебном заседании. Распорядительное заседание не влияет на предъявленное обвинение. Даже в случае возвращения дела прокурору на основании серьезных процессуальных нарушений, это лишь откладывает рассмотрение дела по существу во времени и не “влияет” на предъявленное обвинение.

4. Поскольку прокурор передает суду, **нелогично включать слова “передача суду” в название главы девятнадцатой УПК “Передача суду в суд и подготовительные действия к рассмотрению дела в судебном заседании”** (после внесения изменений Законом о внесении изменений и дополнений УПК, обн. ГГ, номер 63 от 4 августа 2017 года).

Это не соответствует природе этого института и вводит в заблуждение, что суд причастен к этому делу. Поэтому более правильным является упраздненное название этой главы УПК — “Подготовительные действия к рассмотрению дела в судебном заседании”.

В целях обеспечения точности *de lege ferenda* в случае внесения поправки в процессуальный закон, это несоответствие должно быть устранено.

III. В связи со спецификой частного обвинения **передача в суд по делам о преступлениях частного характера** радикально и принципиально отличается от такового для преступлений общего характера. Его осуществляет судья-докладчик. Другими словами, предание суду по делам частного обвинения осуществляется судебным органом.

1. **Дела о преступлениях, возбужденные по жалобе потерпевшего**, имеют **специфические особенности**, которые отличают их от производства по делам о преступлениях общего характера. Учитывая предмет

данного анализа, я упомяну только три особенности данной категории дел, которые имеют отношение к рассматриваемому вопросу¹.

а) Основная специфика производства по делам о преступлениях частного характера заключается в том, что в принципе уголовное преследование осуществляется только физическим лицом, которому был причинен материальный или нематериальный ущерб в результате данного преступного деяния (исключение составляют те случаи, когда прокурор осуществляет свои полномочия в соответствии со ст. 49, п. 1 УПК). Ограничение деятельности государственных органов (прокурора и следственных органов) продиктовано уважением к воле потерпевшего.

Потерпевший от преступления частного характера осуществляет свою деятельность по обоснованию, возбуждению и поддержанию частного обвинения с учетом своих интересов, понимания и возможностей. Он осуществляет эту деятельность не в рамках служебной обязанности, как в случае с прокурором, а в той мере, в которой он считает это целесообразным в свете своих собственных интересов. Поэтому при выполнении обвинительной функции к нему не применимо требование объективности и всесторонности. Он не является адресатом обязанности прокурора по ст. 107 п. 3 УПК — собирать доказательства в пользу обвиняемого (оправдывающие его или смягчающие его ответственность).

б) Возбуждение уголовного преследования по смыслу УПК имеет значение привлечения обвиняемого².

По делам о преступлениях общего характера это происходит в ходе досудебного производства, когда лицо привлекается в качестве обвиняемого постановлением по ст. 219, п. 1 УПК или в отношении него проводятся первые следственные действия в соответствии со ст. 219, п. 2 УПК.

По делам о преступлениях частного характера привлечение обвиняемого и предъявление ему обвинения, при отсутствии досудебного производства, происходит только на стадии судебного разбирательства. В этих случаях, в отличие от случаев общего характера, данные два действия совпадают. После того, как судья-докладчик вынес решение о приемлемости и законности жалобы и дал юридическую классификацию заявленных фактов, частное обвинение окончательно оформлено фактически и юридически, и можно считать, что имеется обвинительное заключение и лицо, совершившее деяние, привлекается в качестве обвиняемого. Поэтому в данной категории дел нет обвиняемого (в смысле дел общего характера, где в досудебном про-

¹ Подробнее обо всех особенностях см. *Митов Г.* Наказательни дела от частен характер. С.: Сиби, 2017, 33–43.

² См. подробнее об этом *Чинова М.* Указ. соч., с. 319.

извоздстве участвует обвиняемый как таковой, а после предания суду он становится подсудимым), а фигура подсудимого возникает непосредственно.

в) Обвинение представляет собой единство двух частей — фактической стороны (соответствующие факты, определяющие состав правонарушения) и юридической стороны (юридическая квалификация деяния)¹.

В случае частного обвинения законодатель устанавливает существенно более низкие требования к жалобе, чем к обвинительному заключению, что вытекает из качества субъекта частного обвинения — непрофессионального обвинителя (без специальной подготовки и опыта), в отличие от прокурора. Поэтому при подаче частного обвинения в суд субъект частного обвинения обязан изложить только фактическую сторону, то есть обстоятельства совершения преступления (ст. 81, п. 1 УПК).

Он не обязан давать юридическую квалификацию деяния, в отличие от обязательного требования к прокурору в обвинительном заключении (ст. 246, п. 3 УПК). Юридическая квалификация этих обстоятельств по делам частного обвинения является обязанностью суда, независимо от того, указано ли это в жалобе.

2. Эти особенности дел о преступлениях, преследуемых по жалобе потерпевшего, также влияют на передачу суду.

Если прокурор воспользовался своими полномочиями в соответствии со ст. 49, п. 1 УПК (в исключительных случаях, когда потерпевший от преступления, преследуемый по жалобе потерпевшего, не может защищать свои права и законные интересы вследствие беспомощного состояния или зависимости от лица, совершившего преступление) и предъявил обвинение в совершении преступления частного характера, предание суду не отличается от предания о преступлениях общего характера.

а) Частное обвинение содержит фактические утверждения, но оно является неполным из-за отсутствия юридической квалификации. Судья-докладчик обязан провести юридическую классификацию фактических утверждений в жалобе. Уголовно-процессуальный кодекс не предусматривает прямо это обязательство, но оно налагается однозначно и без противоречий в судебной практике. Юридическая квалификация частного правонарушения, о котором говорится в жалобе, "...должна быть установлена в том порядке, на основании которого подсудимый узнает, в чем он обвиняется, и на основании каких доказательств организует свою защиту"². После юридической характе-

¹ См. подробнее об этом *Чинова М.* Указ. соч., с. 319.

² См. п. № 42–1997 — III — ВКС, п. № 42 от 07.05.2015 по ВНЧХД № 70/2015 г. — ОС — Търговище, п. № 1119 от 10.11.2015 г. по ВНЧХД № 2648/2015 г. — СГС, п. № 254

ристики фактов, заявленных в жалобе, частное обвинение становится законченным как единство факта и права.

В силу этой обязанности судьи-докладчика он не связан частным обвинением. Давая юридическую квалификацию, он “вмешивается” в нее — он может внести в нее изменения и даже отклонить ее и прекратить производство по делу¹.

б) В отличие от производства по делам о преступлениях общего характера, передача суду дел частного характера осуществляется специальным актом. Это распоряжение судьи-докладчика о назначении рассмотрения дела в судебном заседании (ст. 252, п. 4 УПК).

В нем нет прямого указания на то, что лицо, против которого выдвинуто частное обвинение (т.е. обвиняемый), должно быть предано суду. Из назначения рассмотрения дела в судебном заседании по существу обвинения можно сделать обоснованный вывод, что лицо, совершившее преступление частного характера, было предано суду.

от 25.02.2016 по ВНЧХД № 5142/2015 г. — СГС, р. № 175 от 20.06.2016 по ВНЧХД № 420/2016 г. — ОС — Варна.

¹ В связи с неучетом специфики дел частного характера в позитивном правовом регулировании в УПК после внесения изменений Законом об изменении и дополнении УПК, обн. ГГ, номер 63 от 4 августа 2017 года, нет положения о том, что судья-докладчик может прекратить уголовное производство по делам частного характера, когда деяние не является уголовным преступлением. Это упущение было восполнено прецедентным правом. Подробнее см. *Митов Г.* Прекратяване на наказателното производство по дела от частен характер от съдията-докладчик когато деянието не съставлява престъпление. — *De jure*, 2019, № 2, 129–137.

Степаненко Равия Фаритовна

*профессор кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

Степаненко Герман Николаевич

*доцент кафедры социальной философии
Казанского (Приволжского) федерального университета*

Ценность процессуального права: социально-философское измерение

Право как средоточие сложившихся социокультурных традиций и новаций современного цивилизационного развития человечества защищает, упорядочивает и солидаризирует интересы личности, общества и государства по своему историческому предназначению. С позиции аксиологического подхода содержание права включает в себя не только эмпирически осязаемые предметность и нормативность, но и абсолютные, общечеловеческие и вневременные ценности, смыслы, идеи о праве как первоосновах миропорядка и бытия человека. Методологически рациональное и иррациональное, осязаемое и абстрактное, редуцированное из Общего — субстанциональное представление о праве, в общеправовой теории экстраполируется в конвенциональном понимании его природы как, с одной стороны, разумной и справедливой меры свободы и равенства, с другой — как социально-властного, адаптивного механизма, посредством которого возможны удержание поведения граждан в рамках нормативно-регулируемого бытия, пресечение возможных конфликтных, рискованных ситуаций и противоречий, убеждение и понуждение к нахождению компромиссных решений в установлении баланса общественных отношений, реализуемых при помощи критической функции государства и права.

Аналогично теории ценностей Г. Риккерта, интерпретирующей философию как науку о ценностях, образующих «самостоятельное царство», аксиология права представляет собой единый континуум ценностей существования и долженствования субъектов — носителей правового сознания как акторов (нормоустановителей, правоприменителей), так и адресатов законоустановлений. Собственно, этот посыл проистекает из субъект-субъектного методологического подхода, именно в аксиологическом измерении уравнивающего (в стратегиях правовой антропологии) ценностные ориентиры любой человеческой деятельности. Безусловно, учитывая многослойность и персонафицированность деятельностной сферы юриспруденции

и особенно нормодателя и правоприменителя, шкала ценностей видоизменяется в зависимости от специфики и мотивации идеологических и властных предпочтений. Такие устанавливаемые государством ценности в правовой аксиологии признаются относительными, т.е. темпорально и топологически изменяемыми в зависимости от разнообразных социальных факторов. Признание этих ценностей относительными далеко не означает их второстепенности, а свидетельствует о динамике их изменений. Последняя находит свое опредмечивание в содержании материального и процессуального права, а точнее, действующего и совершенствующегося законодательства.

«Абсолютные ценности естественно-правового характера не зависят от изменений социально-исторических условий, не являются продуктом воли государства, не декретируются его распоряжениями, стоят выше сиюминутных интересов и не подлежат девальвации»¹, но интенционально детерминируют относительные ценности в синергичном движении к единению в целостности. В этом смысле, отыскивая единство естественно-гуманитарного осмысления абсолютных ценностей, их исследователь, становясь «стихийным позитивистом», обращает свой познавательный интерес к эмпирике, механизмам функционирования, взаимодействия и взаимосвязи явлений², отмечает В. Н. Жуков.

Абсолютную ценность единства материального и процессуального в праве можно рассмотреть в контексте концепции дуализма «обязывающей» и «вдохновляющей» морали Л. Фуллера, известного представителя интегративной школы права. Будучи последовательным оппонентом юридического позитивизма, американский профессор общей юриспруденции хотя и различал общечеловеческую мораль «благой жизни» с обязывающей моралью («дно человеческой необходимости»), но с уверенностью интерпретировал их необходимое взаимодействие во имя достижения добра в социальных коммуникациях.³ Л. Фуллер постулировал абсолютную ценностную природу «вдохновляющей» и относительную природу «обязывающей» морали.

Социально-исторический опыт развития права в основных формах его универсальной и локальной интериоризации, т.е. усвоения и интеграции абсолютных, общечеловеческих, универсальных и конкретно государственных, национальных, естественно-правовых (ментальных, витальных, нравственно-этических) ценностей, со всей очевидностью

¹ Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 40.

² Жуков В. Н. Кантианство и неокантианство в русской социологии права // Государство и право. 2015. № 9. С. 14–24.

³ Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История правовых и политических учений. СПб.: Изд-во Санкт-Петербург. гос. ун-та, 2007. С. 480–481.

привел человеческое сообщество к выработке и созданию изначально двух основных недемаркационных форм моделирования права: материальной и процессуальной. Выделение процессуальности права в целостной сфере социально-правовой реальности посредством придания его деятельностным аспектам нормативных и процедурных смыслов характеризует, собственно, процессуальное право в качестве общепорядочивающего и позднее — преимущественно инструментального конструкта (модели) организации и управления механизмами защиты норм материальной сферы.

В этом смысле необходимым уточнением становится гипотеза о том, что процессуальное право не только не являлось формой или способом сопровождения материального права, а в известной степени способствовало как образованию, так и преобразованию последнего. Хотя и наоборот, в соответствии с аристотелевской логикой, в которой форма (эйдос) превращает материю в конкретную вещь и становится «носителем» ее содержания, а их единство формирует целостность вещи. По крайней мере в диалектическом единстве материальности и процессуальности права в соответствии с научной парадигмой неклассического стиля мышления, а также с гегелевской и марксистской интерпретацией диалектики то и другое (материальное и процессуальное в праве) представляют собой некое цельное и взаимообуславливающее друг друга единство права.

Процесс (от лат. *processus*), понимаемый правовой философией двояко: как (а) последовательные изменения явлений в различных и порой противоположных направлениях, ведущие к эволюции/деэволюции феноменов; (б) система перманентных действий во имя достижения поставленных целей (результата), — и в первом, и во втором случае проистекает неравномерно и с разной степенью согласованности элементов.

Дискретность «правового» в первом случае свидетельствует о противоположных и противоречивых состояниях данной сферы в различные исторические периоды, которую пытались преодолеть при помощи процессуального (процедурного) механизма и инструментариев. Отсутствие материального права восполнялось специфическими способами организации и реализации юридических процедур, например судебными органами в революционный и ранний постреволюционный периоды. Именно при помощи процессуальности права формировалось его понимание как социального и справедливого инструмента (средства) через осуществление правосудия. Специфика понимания справедливости в тот или иной период интерпретировалась и реализовывалась при помощи совокупности процессуальных механизмов.

В этом смысле классическим примером интерпретации роли судебного процесса, по примеру Революционного трибунала времен Французской революции, представляется деятельность судебных органов,

легитимизированная Декретом о суде от 22 ноября 1917 г. Упразднив все ранее существовавшие в имперской России учреждения, осуществлявшие процессуальные действия (прокуратура, адвокатура, институт судебных следователей, коммерческие и мировые суды и т.д.), этот документ (Декрет) закрепил новые правила выборности, участия народных заседателей, открытости рассмотрения дел в судах и избрания состава судей местными советами, придав судебной практике, судейскому усмотрению, интерпретационным актам силу источников нового права. Принципиальное значение процессуальности права в этот период было позитивно оценено В. И. Лениным, который на II всероссийском съезде Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов отмечал: «Пусть кричат, что мы, не реформируя старый суд, сразу отдали его на слом... без формальностей, из суда, как орудия эксплуатации, сделали орудие воспитания на прочных основах социалистического общества»¹. Соответственно, процессу придавалось не только правовое, но и идеологическое значение.

С другой стороны, выстраивая новую социальную правовую систему, власть победившей революции, не имея исторических аналогов «правового строительства», за исключением отмеченного опыта Парижской коммуны (1871 г.), продемонстрировала через использование процедурности «величайшее историческое изобретение» (В. И. Ленин), признав путь формирования материального права посредством осуществления судебного процесса, легитимизировав нормативный и интерпретационный судебный прецедент, правоприменительное и судебное усмотрение, сформулировав юридические аксиомы, фикции и многое другое.

Источниками развития и функционирования советского материального и процессуального права, «в единстве руководящей роли КПСС», являлась деятельность партийных органов, основанная на программах, решениях съездов, постановлениях ЦК, Политбюро РКП(б) и др. В процессе этой повсеместно и глубоко идеологизированной деятельности принимались нормативно-правовые акты органов Советского государства — Конституция, законы, подзаконные акты². Перечисленные источники и формы определяли содержательную характеристику советского права, придавая ему сугубо политическую направленность того времени, которая отразилась на его толковании и реализации как в материальном, так и процессуальном контексте.

¹ Ленин В. И. Полное собрание сочинений Т. 35. 5-е изд. М.: Полит. лит., 1974. С. 270.

² Кодан С. В. Партийно-государственные механизмы обеспечения реализации идеологической бесколлизии советского социалистического права (1917–1980-е гг.) // Юридическая техника. 2017. № 11. С. 172–178.

Опираясь на исторические факты, однако, не представляется возможным утверждать о фактологии деятельности (в широком смысле) как основе теории процессуальности или же материальности права. Теория вообще не подтверждается, а подкрепляется фактами, а ее предпосылками являются проблемы. Бесконечное число неразрешенных вопросов в период российского правообразования материального и процессуального характера своеобразно отразились и на генезисе отечественного правопонимания в целом.

Отечественная процессуальная мысль обращает свое внимание на ретроспективу российской процессуальной науки, импульсом развития которой, по мнению А. Т. Боннера, было принятие Устава гражданского судопроизводства (1864 г.). Одним из adeptов судебной реформы С. И. Зарудным в указанный период понятие «законоведение» было заменено на «правоведение», что, в числе прочего, способствовало обоснованию мысли о предопределяющей роли судебной системы в развитии многих политико-правовых институтов. Позднее казанский представитель процессуальной школы Е. А. Нефедьев рассматривал, в частности, гражданский процесс не как юридическое отношение, а как юридическую деятельность его субъектов, «которая направлена на опосредованное, при помощи суда, приведение в действие процессуальных норм и институтов для защиты нарушенных прав». В этом смысле гражданский процесс представлялся отражением деятельности суда как органа государственной власти. Почти вся российская процессуальная школа (И. Е. Энгельман, Е. В. Васильковский, В. М. Гордон, Т. М. Яблочков и др.) понимала судебный процесс как «зеркальное отражение меры правды и справедливости»¹, т.е. как собственно право.

В современной юриспруденции вопрос о доминировании материального или процессуального в правовом континууме, с учетом существенных преобразований политической, экономической, социокультурной сфер, возрастания роли нормоустановителя или авторитета власти и др., перестает быть первостепенно актуальным, в том числе и особенно в условиях современной постнеклассической науки. Методологический плюрализм, признающий сегодня односторонность рационалистической, в частности диалектико-материалистической, методологии, останавливает свое внимание на целесообразности применения синергетического, герменевтического, феноменологического и других подходов, парадигмально меняющих постановку проблемы с вопроса о сущностях материальной или процессуальной характеристик права, что способствует гармоничному пониманию права в его

¹ Боннер А. Т. Избранные труды. В 7 т. Т. 1: История гражданского процессуального права. Специфика гражданских процессуальных отношений. М.: Проспект, 2017. С. 29–36.

разнообразных сочетаниях материальности и процессуальности. Пред-установленная гармония последних, по аналогии с концепцией Лейбница конца XVII в., в которой развитие каждой из монад находится в изначально предустановленном согласии, но обладает индивидуальностью, самостоятельностью и отличием, благодаря взаимодействию которых возникает гармония между явлением и сущностью.

Например, рассматривая право в целокупности материального и процессуального как самоорганизующейся и саморазвивающейся системы, находящейся в неравновесном состоянии в зависимости от воздействий и изменений внешней сферы (политика, экономика, культура, международные отношения и т.д.), можно утверждать, что с усилением этого влияния такая система приводит сама себя в состояние упорядоченности («порядок из хаоса» — И. Пригожин, И. Стенгерс). Именно в таких условиях согласованность материальных и процессуальных компонентов системы возрастает, одновременно адаптируя имманентные (внутренние) формы в нашем случае — и материального и процессуального в законодательстве, — что влияет на правопонимание того или иного периода.

Сходство и различие ценностно-мировоззренческих предпосылок правопонимания, как отмечает О. Ю. Рыбаков, демонстрирует ценности права в разнообразии его осмысления. Базовые органические (абсолютные) ценности обеспечивают сохранение и воспроизводство исторически сложившейся системы правовой регламентации общественных отношений. Естественно-правовые ценности — принципы сохраняют ценность правовой культуры и развития. Телеология ценностей, в широком смысле зависящая и влияющая на динамику совершенствования законодательства и в целом модификацию правовой доктрины, отличается как абсолютно, так и относительно ценностным содержанием, опредмечиваясь посредством ценностей рационально-утилитарного характера, «сближаясь с идеалом, заложенным в цели»¹, что важно для интегративного правопонимания различных (материальных и процессуальных) сторон права.

Интерпретационные модели аксиологического подхода в рассмотрении соотношения материального и процессуального в праве могут быть расширены за счет развития обосновываемого нами междисциплинарного методологического концепта, базирующегося на кинетическом (статика и динамика) познании социально-правовых явлений и включающего в себя принципы дополнительности, наблюдаемости и индуктивного/дедуктивного проблемного методов. Методологические предпочтения исследований в современном динамично развивающемся когнитивном процессе должны учитывать объективную

¹ Рыбаков О. Ю. Тип правопонимания как ценностно-мировоззренческие предпосылки толкования права // Образование и право. 2017. № 2. С. 153–157

взаимобусловленность и взаимосвязанность научных дисциплин. Например, гипотетико-дедуктивный (постпозитивистский) проблемный подход в построении концепций позволяет от философского аксиологического направления переходить к неопозитивистскому в познании процессуальной ценности права в ее общеправовом и юридическом значениях. Возможен и приемлем индуктивный проблемный метод, познающий ценность права от юридической к общесоциальной и социокультурной.

Интегративная юриспруденция, интерпретируя, в частности, естественное право, отождествляет его с «процедурным естественным правом» в различении с «субстантивным естественным правом». Под процедурным в работах правового интегративиста Л. Фуллера понималось такое естественное право, которое конструирует систему правил для подчинения человеческого поведения и управления им, а субстантивное процедурное — более узкое, так называемое юридико-позитивистское понимание непосредственно процессуального права. Авторское определение «естественного процедурного права» Л. Фуллера существенно видоизменяет традиционное правопонимание в целом, перенося акцент с материального на процессуальное право, признавая доминирующим последнее. Л. Фуллер формулирует определение права как «целенаправленную деятельность», «продукт непрерывных целенаправленных усилий», «инициативу подчинения человеческого поведения власти норм», изменчивых, но не отождествляемых с «силой властных установлений». Подвергая сомнению структурированность иерархии «пирамидального» права и «командно-пирамидальной структуры органов власти», Фуллер выступает за самоорганизацию права посредством целенаправленной деятельности самой структуры права, саморазвития, в том числе при помощи «индустриальной юриспруденции», представляющей собой процесс договорно-регулятивного характера¹. Последнее, вне рассуждений о доминировании материального и процессуального права, представляется нам весомым аргументом в пользу «процедурного естественного права», прежде всего в связи с динамичным развитием деятельности (процедур) по упорядочиванию и конвенциональности правовых отношений, интегрируемых в коллективных и индивидуальных соглашениях (договорное право).

Представляется, что аксиология «интегративной концепции процессуальности права» Л. Фуллера, включая предлагаемые им принципы (понятность, актуальность, непротиворечивость норм права и соответствие им правоприменения), являет собой «вдохновляющую» мораль права, которую автор артикулировал в сфере «достижений

¹ Fuller L. L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1964. P. 263.

высшего качества человеческого бытия» (абсолютную ценность), выражаемую в неизменных, достаточно статичных и фундаментальных конституционных принципах права.

Соответственно принципы, содержащиеся в конституционных нормах, являются гарантиями установления социального порядка и объективируются в правовой деятельности в качестве таких направлений, как превенция правонарушений, контроль и надзор за соблюдением конституционных прав и свобод, восстановление нарушенных прав и свобод и т.д.¹, что справедливо подчеркивается в работах Д. Х. Валеева.

Относительный (по отношению к абсолютным) и динамичный характер носят межотраслевые и отраслевые принципы права, одновременно взаимодействуя с социоправовыми принципами, стимулируя правомерное поведение граждан в конкретной отраслевой законодательной сфере², производя таким образом синергичный эффект в контексте установления законопорядка для реализации актуальных времени стратегий по согласованному сосуществованию и безопасности всех участников правоотношений — личности, общества, государства.

Подводя итоги рассмотрению проблем процессуальности права в аксиологическом измерении, представляется возможным сформулировать операциональное понятие процессуальности права в двух его значениях: а) как абсолютной ценности, представляющей собой социокультурный феномен, устанавливающий порядок осуществления различных видов правообразовательной и правоприменительной деятельности, нацеленной на соблюдение и защиту конституционных прав и свобод человека и гражданина; б) как относительной ценности — самоорганизующейся и открытой системы правовых конституционных гарантий, содержащихся и реализуемых при помощи отраслевого процессуального законодательства в динамично развивающейся юридической деятельности.

Понимая право как труд (деятельность) всего народа, а развитие права как труд всех инстанций при соблюдении конституционных прав граждан, основанном на такой фундаментальной обязанности государства, как уважение достоинства личности, этот посыл Основного закона будет реализован тогда, когда «право говорить и право быть услышанным начнут рассматриваться как две части одного

¹ Валеев Д. Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2009.

² Валеев Д. Х. Принципы как процессуальные гарантии в исполнительном производстве // Закон. 2007. № 5. С. 93–101.

целого»¹. На наш взгляд, данное утверждение объясняет юридическую ценность процессуального права. Соответственно, духовно-практическая процедурность установления разумной и справедливой меры свободы и равенства (права), осуществляемая посредством правообразовательной деятельности, в том числе при помощи нормотворчества и правоприменения, характеризует процессуальность права как феномен абсолютной ценности в историческом и современном миропорядке.

¹ Султанов А. Р. Упрощение судопроизводства, или по ком звонит колокол? // Вестник гражданского процесса. 2018. № 5. С. 76–78.

Пешин Николай Леонидович

*заведующий кафедрой административного права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
профессор кафедры конституционного и муниципального права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук*

«Спортивная юстиция» – вопросы правоприменения¹

Работа посвящена исследованию институциональных и процессуальных проблем, связанных с разрешением конфликтов, возникающих в профессиональном и «олимпийском» спорте (спорте высших достижений). Современный спорт стремится обособиться от государственного и международно-правового регулирования, создать свою систему «корпоративных» норм, субъектами которых являются спортивные организации и спортсмены. И для придания стабильности вводимой системе «корпоративных правил» международные неправительственные организации, возглавляющие мировое спортивное и олимпийское движение, создают и собственные юрисдикционные органы (третейские суды — так называемые «спортивные трибуналы»), цель которых заключается в том, чтобы рассматривать споры между спортсменами, спортивными организациями по тем корпоративным правилам, которые установлены международными спортивными федерациями и Международным олимпийским комитетом. Возглавляет эту систему спортивных третейских судов — Спортивный арбитражный суд в Лозанне (Швейцария), статус которого детально анализируется в настоящей работе.

Одна из главных проблем, изучению которых в материале уделено особое внимание, — неконсенсуальный, принудительный, по сути, характер распространения юрисдикции спортивных третейских судов на спортсменов, часто сочетающийся с запретом (установленным в корпоративном акте — например, регламенте спортивной федерации) на обращение в государственные суды под угрозой пожизненной дисквалификации. Таким образом, структуры, управляющие мировым профессиональным и олимпийским спортом, требуют от спортсменов отказаться от реализации конституционного права на доступ к правосудию. Но может ли «третейская (арбитражная) оговорка» считаться действительной, если спортсмен не давал согласие на рассмотрение своих споров в третейском суде («спортивном арбитраже») и к выбору третейской юрисдикции он, по сути, принуждался? К сожалению,

¹ Материал подготовлен с использованием СПС «КонсультантПлюс».

практика свидетельствует, что в большинстве случаев, когда спортсмены игнорируют этот запрет, и обращаются в национальные суды, обжалуя, например, решения спортивного арбитражного суда в Лозанне, «спортивных трибуналов», эти суды общей юрисдикции принимают так называемые «политические» решения, максимально учитывающие интересы ведущих сил в мировом спортивном движении.

Насколько устойчива сложившаяся в мире «большого» спорта юрисдикционная система и как долго она может продолжать работать в сложившейся конфигурации — основной вопрос, который поставлен в данной работе.

Спортивный арбитражный суд в Лозанне (*Court of Arbitration for Sport*, далее — CAS) является учреждением, возглавляющим так называемую «спортивную юстицию» — систему третейских судов и «спортивных трибуналов» (органов по разрешению конфликтов внутри самих спортивных структур), предназначением которых является рассмотрение споров, возникающих в сфере спорта. В эту систему, помимо CAS, входят независимые спортивные третейские суды, а также «спортивные» или «дисциплинарные» «трибуналы» международных спортивных федераций (далее — МСФ) и национальных спортивных федераций (далее — НСФ) — международных и национальных общественных организаций, осуществляющих управление мировым спортивным движением. В этом контексте особенно важно обратить внимание на то, что это система сформировалась и функционирует отдельно от «классической» судебной системы, существующей в любом из государств. Равным образом, она не связана и с международными судами, созданными государствами. Поэтому принципы построения данной системы «спортивной юстиции» могут быть исключительно договорными, в основе ее деятельности должно лежать согласие всех вовлеченных сторон. Проблемы и «пробуксовки» в деятельности этой системы возникают тогда, когда выясняется, что вовлеченные в нее субъекты далеко не во всем согласны с правилами (в том числе, прежде всего, «добровольного признания юрисдикции»), на основе которых функционирует система «спортивной юстиции». Проблема осложняется тем, что в мире спорта нет единых правовых основ, которые могли бы стать фундаментом механизма рассмотрения споров — ни на межгосударственном уровне (в виде конвенций, хартий и иных актов международного права), ни на уровне общественных объединений в сфере спорта — МСФ, НСФ, структур, возглавляющих олимпийское движение. Отчасти, идентификация данного пробела и привела к созданию CAS — законодательство различных государств противоречиво, в мире нет единого подхода к рассмотрению спортивных споров того или иного вида, так же как и нет выработанных международных норм, рассмотрение исков в рамках национальной системы правосудия требует слишком много времени и чрезвычайно затратно. Кроме того,

специфика спорта такова, что далеко не всякий квалифицированный судья-юрист в состоянии вынести объективное решение, не будучи экспертом в том или ином виде спорта, то есть, не будучи погруженным в соответствующую проблематику.

CAS был официально учрежден 6 апреля 1983 года на сессии Международного олимпийского комитета (далее — МОК) в Нью-Дели по инициативе президента МОК Хуана Антонио Самаранча и вице-президента МОК Кебе Мбайе. Несмотря на то, что МОК, учредивший данный третейский суд, рассматривал его в качестве независимого (в том числе и от самого МОК), высшая судебная инстанция Швейцарии — Верховный суд Швейцарии (Швейцарский федеральный трибунал), рассмотрев жалобу одного из спортсменов на справедливость и беспристрастность разбирательства¹, пришел к выводу о том, что в ситуации, когда МОК является структурой, финансирующей CAS, возникают сомнения в беспристрастности решений, направленных против МОК или тех организаций, которые в него входят. В связи с этим Верховный суд Швейцарии рекомендовал МОК (это, отметим, весьма примечательная юридическая конструкция — в силу Соглашения между МОК и Швейцарией, содержание которого будет рассмотрено ниже, суды данного государства не могут выносить обязывающих решений, адресованных МОК) реорганизовать CAS таким образом, чтобы CAS стал полностью независим — и юридически, и организационно, и финансово. МОК последовал данной рекомендации и провел реорганизацию. Совместно с ассоциациями спортивных федераций по зимним и летним видам спорта и Ассоциацией национальных олимпийских комитетов (далее — АНОК) МОК учредил общественный некоммерческий фонд «Международный совет по правосудию в спорте» (*International Council of Arbitration for Sport, далее — ICAS*) с местонахождением в Лозанне (Швейцария), в состав попечительского совета которого вошли 12 представителей (по 4 от МОК, ассоциаций спортивных федераций по зимним и летним видам спорта и АНОК, срок полномочий — 4 года). Эти 12 представителей международных спортивных организаций избрали еще 4 представителей из числа кандидатов, выдвинутых спортсменами — олимпийцами; и, наконец, все 16 избранных советников выбрали еще четырех независимых представителей. Данная организация, ICAS, и стала учредителем CAS. Она же утверждает устав и регламент CAS и утверждает арбитров (третейских судей), которых по состоянию на 2019 год насчитывается более 370.

Тем не менее, несмотря на более чем 20-летнюю успешную историю функционирования обновленного таким образом CAS, его неза-

¹ *Blackshaw I.* (2013) CAS 92/A/63 Gündel v FEI. In: *Anderson Jack.* Leading Cases in Sports Law. TMC ASSER PRESS, the Netherlands, 4, 64–74.

висимость, как и беспристрастность арбитров в последнее время снова стала подвергаться сомнениям. В том числе, посредством обжалования вынесенных им решений в суды общей юрисдикции. И один из самых ярких примеров такого рода — так называемое «дело Клаудии Пехштайн» (Claudia Pechstein), спортсменки, чемпиона Олимпийских игр, которая была обвинена в употреблении допинга и дисквалифицирована Международным союзом конькобежцев (англ. *International Skating Union, ISU*). Следует отметить, что в организациях, возглавляющих сегодня мировое спортивное и олимпийское движение, сформировалось крайне негативное отношение к такого рода жалобам и искам от спортсменов. Более того, и МСФ, и НСФ, по сути, вынуждают спортсмена (под угрозой применения так называемых «спортивных санкций», наиболее распространенной из которых является недопуск к соревнованиям) согласиться на «третейскую оговорку» — признание юрисдикции CAS по любым спорам, вытекающим из спортивных отношений, которая включает и «добровольный» отказ спортсмена от обжалования в судах общей юрисдикции или иных государственных судах любого решения, вынесенного внутри «системы спортивной юстиции», возглавляемой CAS. То есть, решения, принимаемые CAS, являются окончательными и не подлежат оспариванию. Но является ли такой отказ от реализации конституционного права на доступ к правосудию добровольным? И допустимо ли в сегодняшнем глобальном спорте, в который глубоко вовлечены все ведущие страны мира, осуществление правосудия, основанного на принципах частного права?

Прежде всего, рассмотрим правовую природу так называемого «спортивного права» или *lex sportiva*. В основе сегодняшнего регулирования современного спорта находятся, как уже было сказано, корпоративные нормы — это прежде всего Олимпийская хартия (устав) МОК, это уставы МСФ, это регламентное и иное регулирование, принимаемое международными и национальными спортивными структурами. Государства крайне редко вторгаются в эту область, в основном, только в тех случаях, когда они стремятся совместно защищать какие-то общегуманитарные ценности или права человека. В этих целях был подписан и ратифицирован целый ряд конвенций — актов международного публичного права, — например, Международная конвенция против апартеида в спорте (принята резолюцией 40/64 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1985 года) или принятые в рамках Совета Европы Европейская конвенция о предотвращении насилия и хулиганского поведения зрителей во время спортивных мероприятий, и, в частности, футбольных матчей и Конвенция Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями» (принята в г. Маглингене, Швейцария 18 сентября 2014 года). Но ни один международный межгосударственный договор не определяет прямо

принципы осуществления правосудия в спорте. По сути, единственным актом международного публичного права, применяемым в связи с решениями, выносимыми CAS, является Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (принята в г. Нью-Йорк, США, 10 июня 1958 года)¹.

Более того, несмотря на то, что зачастую CAS именуется международным судом, он не имеет какого-либо отношения к системе международного правосудия, создаваемой с участием государств или на основе норм международного права. Существующие международные суды, созданные государствами, такие как Международный Суд ООН или Европейский Суд по правам человека — это, по сути, многофункциональные органы. Помимо осуществления правосудия, они во многом действуют как международные межгосударственные структуры, а их прямая деятельность по рассмотрению тех или иных вопросов основана на нормах международного публичного права, применении конвенций (международных межгосударственных договоров). Но, как уже было отмечено выше, современное спортивное право не основано на межгосударственных соглашениях. Не основано оно и на нормах национального законодательства, при том, что, несомненно, осуществление спортивной деятельности в стране так или иначе всегда связано с применением норм национального права.

Спортсмены, культивируя те или иные виды спорта, могут требовать невмешательства государства, когда речь идет, например, о правилах вида спорта, судействе, правилах игры и т.п., хотя в целом ряде случаев государство и такие требования игнорирует. Например, в Российской Федерации Министерство спорта России утверждает правила каждого вида спорта — иначе он не попадает во Всероссийский реестр видов спорта и, соответственно, не получает финансовую поддержку из государственного бюджета. В тех же случаях, когда речь идет о трудовом договоре спортсмена и клуба, уплате налогов и тому подобном, избежать государственного вмешательства совершенно невозможно. Парадокс заключается в том, что если возникает спор, который выносится в судебную сферу, то его рассмотрение и, вполне вероятно, итоговое решение, будут совершенно разными в системе государственного правосудия и системе «спортивных судов». Причина довольно проста — для национальных судов, несомненно, превалирующими станут нормы национального права — условно говоря, приоритет Трудового кодекса Российской Федерации над корпоративными трудо-правовыми нормами, утвержденными общественной организацией, развивающей тот

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. СПС ГАРАНТ. URL: <http://base.garant.ru/10164637/#ixzz4sZqt3AqN>

или иной вид спорта в Российской Федерации (например, положениями регламента Российского футбольного союза, РФС), будет абсолютно очевидным. Однако в «системе спортивного правосудия» в футболе — палате по рассмотрению споров РФС, палате по рассмотрению споров Международной футбольной федерации (далее — ФИФА) — и, наконец, CAS, такой подход вовсе не будет очевидным, поскольку нормы Регламента РФС основаны на положениях Регламента ФИФА и, с точки зрения принципа «организационно-правовой автономии спорта», именно они, а не национальное законодательство должны иметь приоритет при вынесении решения. В связи с этим, несомненно, более пристального внимания заслуживает и данный принцип — «организационно-правовой автономии спорта», а также связанный с ним статус международных спортивных организаций, к которым относится и CAS. Сегодня все международные спортивные структуры относятся к категории так называемых международных неправительственных (негосударственных) организаций (МНПО). МНПО — это объединение лиц, членом которого являются частно-правовые субъекты или общественные структуры из различных стран, зарегистрированных в государстве, законодательство которого позволяет иностранным физическим или юридическим лицам создавать общественные организации и быть избранными в состав руководящего органа такой организации. Подобного рода объединения преследуют самые разнообразные цели, основанные на общности интересов в политической, культурной, социальной и экономической сферах. В ранние годы, в период зарождения, и МОК, и МСФ были исключительно общественными структурами, объединявшими спортсменов-любителей, которые устраивали соревнования по тем или иным правилам. Однако после того, как в этот процесс оказались втянуты миллионы — как спортсменов, так и болельщиков, после того, как спорт стал во всех смыслах «большим» и в него пришли большие деньги, — ситуация изменилась совершенно принципиальным образом.

Оказавшись плотно вовлеченными в спорт, отдельные государства стали наделять указанные международные спортивные организации статусом субъекта публичного права (или, в некоторых случаях, — «признавать» его). То есть, данный статус вполне может возникнуть как результат проявления государственной воли. Кроме того, не секрет, что в большинстве конституций демократических стран на первое место ставятся интересы именно общества, а не государства, и поэтому речь в законодательстве всегда идет о возможности или необходимости введения ограничений, исходя из потребностей общества. Именно поэтому английский термин «*public*» (букв. «публичный») традиционно переводится как «общественный». Отсюда и распространение национального законодательства на сферу деятельности общественных спортивных организаций.

При этом следует помнить о том, что любой международный договор в системе международного публичного права — это инструмент координации, согласования воли суверенных государств, поэтому нормы международных договоров часто подчеркивают, что основные общеобязательные правила будут сосредоточены на национальном уровне: государства-участники той или иной конвенции осуществляют свои обязательства в соответствии с принципами суверенного равенства и территориальной целостности государств и принципом невмешательства во внутренние дела других государств. Ничто не наделяет какое-либо государство правом распространять на территорию другого государства свою юрисдикцию, а равно осуществлять функции, которые входят исключительно в компетенцию органов публичной власти этого другого государства в соответствии с его внутренним законодательством.

В связи с этим примечательно, что в случае с МОК мы видим, что в Соглашении между МОК и Швейцарией от 1 ноября 2000 года, по сути, со стороны Швейцарии признаны элементы международной правосубъектности МОК (например, таможенный, налоговый, иммиграционный и другие иммунитеты). И, несмотря на то, что в отдельных положениях документа швейцарское право именуется «превалирующим» в отношении возможных злоупотреблений (ст. 11 Договора — «*Abuse Prevention*») положения договора говорят только о возможности «сотрудничества» сторон по надлежащему осуществлению правосудия («*Proper Administration of Justice*») при том, что базовым принципом решения любых конфликтов между МОК и Швейцарией является **исключительно** принцип переговоров (ст. 15 Договора — “*Settlement of disputes*”).

Помимо норм международного права «всемирного характера», важную роль в установлении международного «спортивного правопорядка» играет региональное и национальное (в широком смысле) регулирование. В нашем регионе речь, прежде всего, идет европейских стандартах (обычно формирующихся в рамках Совета Европы). И в данном случае речь может идти как об общем, так и специальном (с точки зрения регламентации спорта) регулировании. В качестве примера международно-правового акта первой группы можно привести Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию¹. И на примере данного документа также можно увидеть пробелы в правовом регулировании спорта. Прежде всего, связано это с кругом субъектов. По смыслу Конвенции коррупционные действия совершаются а) в системе государственного управления (включая парламенты, другие

¹ Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (заключена в г. Страсбурге 27 января 1999 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 20. Ст. 2394.

представительные органы публичной власти, а равно суды); б) в частном секторе (в сфере коммерческой деятельности); в) в системе международных организаций (под которыми понимаются межправительственные и наднациональные организации). Как видно, создаваемые в спорте МНПО не подпадают ни под одно из приведенных выше определений. Они находятся и не в системе государственного (в узком смысле — «публичного»), и не в системе частного управления. МОК и МСФ — это общественные объединения, это сфера «публичного» управления, но в самом широком смысле — понимаемого как общественное (похожего рода системы возникают в сфере гражданского общества — политические партии, профсоюзы, органы территориального общественного самоуправления и т.д.). Таким образом, можно ли должностных лиц МОК и МСФ приравнивать к государственным или муниципальным должностным лицам или предпринимателям — большой вопрос. На который действующее законодательство ответ пока не дает. Как представляется, в сфере спорта мы преимущественно говорим именно об общественном интересе. И даже формализованные позиции государства в этой области часто находятся в русле решения общесоциальных (общественных) задач: оздоровление нации, вовлечение в спорт детей и т.д. — и все это не вполне область публичного. Да, есть и общегосударственные задачи развития спорта высших достижений, но, тем не менее, на передний план, здесь все же выходит именно общественный интерес, который выступает как совокупность частных интересов, которые далее перерастают в групповые и далее — в общие (всеобщие) интересы. Это такой интерес, который необходимо реализовать в целях развития частного (группового, общего) интереса, но при этом реализовать таким образом, чтобы сохранить устойчивость общества (и государства) в целом. С юридической точки зрения общественный интерес является важнейшим элементом демократического государственного устройства, в том числе, неотъемлемым элементом системы «сдержек и противовесов»: представляется, что различные общественные интересы (в том числе и связанные со спортом) должны сочетаться и «балансироваться» как на уровне гражданского общества, так и на уровнях государственной власти. И поэтому государства могут и должны формализовать вопросы своего воздействия даже на юридически автономную систему МНПО в спорте, включая и МОК и МСФ.

И государства это делают, причем не только в общих, но и в специальных актах — одним из последних примеров такого рода является Конвенция Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями (Заключена в г. Маглингене 18 сентября 2014 года)¹.

¹ СПС «КонсультантПлюс».

Российская Федерация подписала, но на настоящий момент не ратифицировала данную Конвенцию¹. Указанный документ констатирует, что спорт, основанный на принципах честного и равного соревнования, непредсказуем по своей природе и требует убедительно и эффективно противодействовать практике и поведению, противоречащим этическим нормам и что значительным фактором, способствующим искоренению манипулирования спортивными соревнованиями и других злоупотреблений в спорте, является последовательное применение принципов *надлежащего управления* (англ. *good governance*) и этических норм в системе спортивных организаций. Парадоксально, но, с одной стороны, Конвенция подчеркивает признание принципа организационно-правовой автономии спорта: «ответственность за вопросы спорта лежит на спортивных организациях, и именно они выполняют функции саморегулирования и дисциплинарные функции в борьбе с манипулированием спортивными соревнованиями», а, с другой стороны, прямо указывает на возможность вторжения в эту автономию государств: «в случае необходимости добросовестное поведение в спорте обеспечивают органы государственной власти».

Изучение норм Конвенции показывает, что она, по сути, предписывает спортивным организациям внедрить в свою практику принципы указанного *надлежащего управления*. Речь, при этом, разумеется, идет не обо всех спортивных организациях. И, очевидно, что создатели Конвенции столкнулись с рядом сложностей в категориальном определении данного понятия. Выход был предложен достаточно простой и эффективный: создается специальный Комитет по реализации Конвенции, который формирует список спортивных организаций, управляющих спортом или каким-либо одним видом спорта на национальном уровне, вносит в него изменения и обеспечивает его публикацию в надлежащем виде. Основными принципами *надлежащего управления*, которые обязаны внедрить спортивные организации, если они находятся на территории государств — участников Конвенции, являются:

- 1) Определение и предупреждение конфликтов интересов, включая запрет на разглашение инсайдерской информации;
- 2) Точное и неуклонное соблюдение контрактов, прежде всего, обязательств, из них вытекающих;
- 3) Требование о раскрытии информации и другие.

Как видно, принцип «организационно-правовой автономии спорта» становится весьма условным, и нет особых сомнений в том, что данные подходы будут полно и последовательно реализованы государ-

¹ Распоряжение Президента Российской Федерации от 18 сентября 2014 года № 302-рп «О подписании Конвенции Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 38. Ст. 5061.

ствами. Более того, международные акты совершенно прямо и недвусмысленно указывают на то, что так называемые «спортивные санкции» (устанавливаемые МНПО) не могут заменить мер юридической ответственности: дисциплинарная ответственность, предусмотренная в локальных нормативных актах спортивных организаций, не исключает привлечение к уголовной, гражданско-правовой или административной ответственности. Таким образом, меры государственного принуждения дополняют, но не заменяют то воздействие, которое существует внутри системы спортивных организаций (по сути, как форма саморегулирования).

Итак, в целом, в современном мире публичные интересы превалируют над автономией, самоорганизацией спорта. По сути, цель межгосударственных соглашений, относящихся к сфере управления спортом, связана с внедрением принципов *надлежащего управления* в спортивную политику и практику. Далее, именно на основе этих принципов строится и развивается сотрудничество между органами государственной власти и спортивным движением. Наконец, очевидная цель воздействия государств на спорт — создание механизмов контроля над спортивными организациями, управляющими современным спортом, равно как и механизмов борьбы с «неэтичным» поведением в спорте, включающих, если это необходимо, уголовное преследование.

Наконец, говоря о национальном уровне регламентации спорта, нельзя не отметить, что Россия однозначно заявляет о приоритете национального законодательства над нормами *lex sportiva* — определяя иерархию актов для российских организаторов Олимпийских и Паралимпийских игр, так называемый «Олимпийский закон»¹ установил, что в своей деятельности они руководствуются законодательством Российской Федерации, положениями Олимпийской хартии, Свода правил Международного паралимпийского комитета в части, не противоречащей законодательству Российской Федерации. В свою очередь, МОК и другие ведущие институты международного спортивного и олимпийского движения, осуществляют собственное (корпоративное) регулирование.

Еще одна сложность, влияющая на современную спортивно-юрисдикционную систему, заключается в том, что современное международное право не выработало единого общепризнанного определения

¹ Федеральный закон от 30 июля 2010 года № 242-ФЗ (в редакции от 21 июля 2014 года) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с организацией и проведением XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи и развитием города Сочи как горноклиматического курорта» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 32. Ст. 4298.

неправительственной организации. Устав ООН (ст. 71) содержит упоминание об неправительственных организациях, где на Экономический и Социальный Совет (ЭКОСОС) возложены мероприятия для консультаций с неправительственными организациями (иными словами придания им консультативного статуса). В настоящее время в системе ООН существует двойственный механизм взаимодействия с неправительственными организациями. Этим во многом обусловлено различие в определении неправительственной организации в системе органов и организаций ООН. Первое определение связано с документами ЭКОСОС. Согласно определению ЭКОСОС (Резолюция 288 (X) от 27 февраля 1950 г.) под МНПО подразумевается любая международная организация, созданная не на основе межгосударственного соглашения. В Резолюции 1996/313 от 1996 г. в п. 12 разъясняется, что под неправительственной организацией для целей ЭКОСОС понимается организация, которая не учреждена каким-либо государственным органом или на основе межправительственного соглашения и удовлетворяет следующим условиям:

- 1) имеет «представительную структуру»;
- 2) располагает «соответствующими механизмами отчетности перед своими членами»;
- 3) ее члены «осуществляют эффективный контроль над ее политикой и деятельностью путем использования права голоса и через другие соответствующие демократические и транспарентные («прозрачные») процессы принятия решений». В своих публикациях Департамент общественной информации Секретариата ООН определяет неправительственную организацию следующим образом: «Неправительственной организацией является любой добровольный некоммерческий союз граждан, организованный на местном, государственном или международном уровне». Как видно, такой подход исключает участие юридических лиц в МНПО.

Исторически целями создания международных спортивных организаций служили либо задачи, связанные со становлением и развитием того или иного вида спорта, в частности, введением единых правил проведения соревнований, обеспечения судейства и пр. (так возникли международные спортивные федерации), либо задачи организации того или иного спортивного мероприятия — самый очевидный пример — МОК, — цель существования которого — проведение олимпийских игр). Два этих направления становления международных спортивных организаций предопределили двойственную структуру современного спортивного движения. С одной стороны, в нем существует общая система, связывающая (в упрощенном виде) МОК и национальные олимпийские комитеты (далее — НОК), а, с другой стороны, в каждом виде спорта существует МСФ, которая управляет всеми НСФ по этому виду спорта. Данная связь носит, по сути, им-

перативный (подчиняющий) характер, поскольку основана она, во-первых, на институте признания (МОК признает или не признает тот или иной НОК, МСФ, соответственно, ту или иную НСФ). Во-вторых, как МОК, так и МСФ основаны на членстве (члены МОК — физические лица, члены МСФ — юридические лица-национальные федерации, и это, отметим, ставит под сомнение статус МСФ как МНПО). В результате, МОК (в системе олимпийского движения) и МСФ в каждом конкретном виде спорта (например, ФИФА — в футболе, Международная ассоциация баскетбольных федераций (ФИБА) — в баскетболе и т.п.; хотя из этого правила имеются и определенные исключения) — стали, в сущности, монопольными организациями, всецело контролирующими как олимпийское движение, так и те или иные виды спорта.

Как уже отмечалось, изначально и МОК и МСФ объединяли спортсменов-любителей, которые для своего удовольствия (сам термин «спорт» — *англ. sport* — произошел по одной из версий от старофранцузского “*dusport*” — развлечение, удовольствие) устраивали соревнования по тем или иным правилам. Сегодня эта ситуация изменилась. Но можно ли при этом утверждать, что современные международные спортивные организации являются носителями публичной власти, а их члены — публичными должностными лицами? С точки зрения обладания публичной властью, ответ, как представляется, должен быть отрицательным. Публичная власть, по сути, отождествляется с государственной, — это власть иерархически организованная, подчиняющая и не основанная на принципе равноправия и координации. Можно, конечно, указать на то, что в отношении НОК и других субъектов олимпийского движения МОК обладает, в сущности, такими императивными полномочиями. Но особенность публичной власти в том, что она распространяется на неопределенный круг субъектов вне зависимости от их воли или желания — так, каждый, кто находится в каком-либо государстве, обязан соблюдать законы этого государства. Каждый, кто находится в городском или сельском поселении (муниципальном образовании), обязан соблюдать предписания местных властей. В системе же «МОК — МСФ» — правила формально иные: только те, кто добровольно соглашается с верховной властью МОК или МСФ — должны выполнять их требования, подчиняться их решениям; неподчинение этим правилам приводит к отстранению несогласных, недопуску их к участию в мероприятиях, проводимых под эгидой МОК и МСФ. Но в условиях монополизации почти каждого вида спорта и олимпийского спорта в целом — официальные соревнования по виду спорта могут проводиться только под эгидой соответствующей МСФ, а олимпийские игры — «исключительная собственность МОК», как гласит Олимпийская Хартия, следует, конечно, учитывать, что такое отстранение действует как «экономическая дубинка», и, как показыва-

ет практика, с успехом заменяет даже и возможные меры юридической ответственности.

Отдельный вопрос — взаимоотношения МОК, МСФ и государств. На первое место здесь всегда выдвигается уже упомянутый принцип «организационно-правовой автономии спорта». В наиболее концентрированном виде этот принцип был изложен Х. А. Самаранчем на Генеральной ассамблее МОК в Сеуле: «Важно, чтобы каждый из вас (НОК — прим. Н. П.) поддерживал тесные контакты с правительствами ваших стран и чтобы правительства, со своей стороны, признавали нашу независимость».¹ Автономный характер деятельности ведущих сил в современном спорте приводит, по сути, к тому, что международное спортивное движение организационно не представляет собой единого целого. Как спортсмены, так и спортивные организации объединяются по совершенно различным признакам: территориальному, профессиональному и другим, к примеру, религиозному — так, одной из МНПО в сфере спорта является «Международный католический союз физического воспитания и спорта». Все они, с одной стороны, совершенно четко декларируют принцип невмешательства во внутреннюю политику государств, а, с другой, по факту давно уже отказались от концепции «отделения» спорта от государства. Повсеместно государства на принципах государственно-частного партнерства совместно со спортивными организациями развивают спорт высших достижений и спортивную инфраструктуру национального значения, местные (региональные) власти развивают массовый (оздоровительный) спорт — и все это означает приток государственных денег в сферу спорта, и, соответственно, государственные методы контроля за их расходованием. Таким образом, с публичным статусом МНПО в сфере спорта возникает крайне сложная ситуация. Именно государства наделяют данным статусом спортивные организации (или, точнее сказать — *de facto* признают его; в качестве примера здесь уместно привести наделение МОК статусом наблюдателя при Генеральной ассамблее ООН). Публичный статус вполне может возникнуть, как уже отмечалось, и как результат проявления государственной воли. И, как было показано выше, в большинстве конституций развитых стран на первое место ставятся интересы именно общества, а не государства, и поэтому речь в законодательстве всегда идет о возможности/необходимости введения ограничений, исходя из потребностей общества. Именно поэтому государства требуют внедрения во все спортивные организации принципов *надлежащего управления*. Необходимость сохранения «честности

¹ Цит. по: *Столяров В. И.* Социальные проблемы современного спорта и олимпийского движения (гуманистический и диалектический анализ). М., Автор, 2015. С. 227.

спорта» порождает требование о введении принципов «честной игры» (*англ. fair play*), о которых упоминал еще Пьер де Кубертен.

В какой-то мере, здесь следует признать, что механизмы воздействия спортивных МНПО на спортсменов могут вступать в прямое противоречие с конституционными правами человека, с основами правового статуса личности. И в данном случае «преимущество» отделенных от государства и его принципов спортивных структур, заключается в том, что последние могут проигнорировать целый фундаментальных основ, на которых строится отношение государства и его аппарата к человеку и гражданину. Именно так дело обстоит и с принципом презумпции невиновности в спорте и с конституционно закрепленным правом на доступ к правосудию.

С точки зрения ведущих мировых спортивных организаций, фундаментальные права спортсменов сводятся к праву участвовать в соревнованиях (это первое и главное), праву на сохранение здоровья, абстрактному праву на справедливость и принципу равенства для всех спортсменов. В силу этого достаточно узкого подхода, спортивные структуры совершенно не связаны с фундаментальными правами и свободами человека и поэтому, например, установление факта виновности или процедура доказывания строится совершенно не так как принято в государственных структурах, в сравнении с требованиями действующего законодательства. Так, например, правило 2.1.1 пункта 2.1 Статьи 2 Всемирного антидопингового кодекса устанавливает, что «персональной обязанностью Спортсменов является недопущение попадания Запрещенной субстанции в свой организм. Спортсмены несут ответственность за любую Запрещенную субстанцию, или ее Метаболиты, или Маркеры, обнаруженные во взятых у них Пробах. Соответственно нет необходимости доказывать факт намерения, Вины, Халатности или осознанного Использования Спортсменом при установлении нарушения»¹. Такой подход в классической правовой литературе называется «принципом объективного вменения».

Далее, правило 3.1 Кодекса устанавливает, что «на Антидопинговую организацию возлагается бремя доказывания того, что нарушение антидопинговых правил имело место. Стандартом доказывания будет выявление Антидопинговой организацией нарушения антидопинговых правил на **приемлемом уровне для осуществляющих процедуру слушания экспертов** (*выделено мной – Н. П.*), принимая во внимание серьезность сделанных обвинений. Этот стандарт доказывания во всех случаях является более веским, чем лишь баланс вероятности, но меньше доказанности при отсутствии обоснованных сомнений. Когда Ко-

¹ Всемирный антидопинговый кодекс. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_vsemirnyy_antidopingovy_kodeks.pdf Дата обращения: 26 сентября 2021 года

декс возлагает на Спортсмена или иное Лицо, предположительно совершившее нарушение антидопинговых правил, бремя опровергнуть презумпцию или установить определенные факты или обстоятельства, за исключением случаев, предусмотренных Статьями 3.2.2 и 3.2.3 (*отступление от Международных стандартов — прим. Н. П.*), стандартом доказывания будет баланс вероятностей¹.

Подобного рода подходы существенно расширяют возможности спортивных организаций по воздействию на спортсменов. Но спортивная организация — это не государство, методы государственно-правового принуждения применить она не может. Поэтому, в случае, когда нарушения устанавливаются на уровне, неприемлемом для государства, с точки зрения соблюдения прав человека, презумпции невиновности и пр. ответственность спортсменов связана только с их взаимоотношениями с данными спортивными структурами. И, таким образом, на первое место в системе «борьбы со спортсменами» в системе международного спорта выходят так называемые «спортивные санкции»: лишение медалей и призов, лишение набранных очков, аннулирование результатов, денежные штрафы (речь здесь идет исключительно о штрафе в гражданско-правовом, а не уголовно-правовом или административно-правовом смысле), дисквалификации — постоянные или временные. Дисквалификация в спорте означает запрет на участие в спортивных соревнованиях, а также занятие любой деятельностью, связанной с данным видом спорта.

Поэтому в силу изложенного основы *lex sportiva* далеко не всегда поддаются исчерпывающему объяснению, основанному на принципах частного права. Вводимые корпоративные нормы базируются на принципе «организационно-правовой автономии спорта», но в то же время *lex sportiva* пересекается и с нормами публичного права. А решения, принимаемые CAS, становятся основой для возникновения в мире спорта феномена «прецедентного права», поскольку они используются как прецеденты, на основе которых сам CAS старается основывать решения по сходным делам. Пока такая система не сложилась и, анализируя решения, вынесенные по аналогичным делам, нередко можно встретить взаимные противоречия, но тем не менее невозможно отрицать роль CAS в попытках сформировать единообразие при применении норм *lex sportiva*.

Вместе с тем, CAS был создан как альтернатива национальному правосудию, когда суды разных стран выносили взаимоисключающие решения. Однако CAS не может доминировать, вообще каким-либо образом состязаться с государственными судами, если говорить

¹ Всемирный антидопинговый кодекс. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_vsemirnyy_antidopingovyy_kodeks.pdf Дата обращения: 26 сентября 2021 года

о юридической силе решения. Ни один третейский суд не в состоянии вынести и добиться на территории государства исполнения решения, нарушающего нормы национального права этого государства. Однако в случае с CAS именно это периодически и происходит. Более того, для того, чтобы обеспечить исполнение решений CAS государства нередко прямо нарушают нормы собственного законодательства. Так, законодательство Российской Федерации вплоть до принятия в конце 2015 года Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»¹ не допускало возможности рассмотрения третейским судом споров, вытекающих из трудовых отношений, поскольку действовавший до 1 сентября 2016 года Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» прямо указывал, что в третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства передаваться только спор, вытекающий из гражданских правоотношений.² Между тем, как известно, большая часть споров между профессиональными спортсменами, тренерами и спортивными клубами связана с исполнением положений заключенных между ними трудовых договоров. И лишь появление в декабре 2016 года главы 5.1. «Рассмотрение споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений» (ст. 36.4. «Иностранные арбитражные учреждения») в Федеральном законе «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»³ узаконило систему «спортивной юстиции», возглавляемую CAS. Тем не менее, получая решения CAS, вынесенные в отношении дел, связанных с трудовыми спорами, суды Российской Федерации выдавали «исполнительные надписи» и, тем самым, придавали им законную силу. Произошло это во многом и вследствие того, что появление CAS в качестве института разрешения конфликтов в спорте постепенно изменило всю систему спортивного арбитража, и он стал широко использоваться в разрешении почти любых спортивных споров. Но оборотной стороной этого процесса — превращения CAS в высший орган по рассмотрению спортивных споров — стал принципиально неконсенсуальный (недобровольный — прежде всего, для спортсменов) характер спортивного арбитража. Арбитражное соглашение («третейская оговорка») в системе спорта перестало быть

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 1 (часть I). Ст. 2.

² Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 30. Ст. 3019.

³ Федеральный закон от 22 ноября 2016 г. № 396-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» в части регулирования спорта высших достижений и профессионального спорта» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016 (часть I). № 48. Ст. 6736.

добровольным соглашением сторон «о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило такое правоотношение договорный характер или нет», поскольку у спортсменов нет другого выбора, кроме как подчиниться тем корпоративным нормам, которые содержит уставы, регламенты МСФ, НСФ, правила проведения соревнований и т.п., а именно они и включают положение о рассмотрении возникающих споров в системе «спортивной юстиции», возглавляет которую CAS. Более того, уставы и регламенты МСФ и НСФ идут дальше: спортсменам в отдельных видах спорта сегодня попросту запрещено (регламентами) обжаловать решения, вынесенные спортивными арбитражами и трибуналами, в государственные суды. Нарушение этого запрета влечет все те же «спортивные санкции», наиболее жесткой из которых является дисквалификация, то есть, запрет выступления на соревнованиях, проводимых под эгидой данной МСФ или НСФ.

Но данный (условный) статус — «высшего судебного органа по рассмотрению спортивных споров» порождает целый ряд правовых проблем и в теории, и одним из главных становится вопрос о том, является ли CAS «творцом права», то есть, можно ли рассматривать его решения в качестве судебных прецедентов, иначе (с позиций, например, стран, относящихся к системе «общего права») — как источника, создающего прецедентное право.

Формально абзац 4 статьи R 59 Кодекса CAS¹ предусматривает, что «решение Суда является обязательным только для сторон, и только в отношении этого конкретного дела». Но на практике, при рассмотрении дел каждая панель арбитров учитывает предыдущие решения суда и основывает свои решения на правовых позициях CAS, сформулированных ранее. То есть, речь не идет о том, что арбитры обязаны принимать решения, основанные на предшествующих прецедентах, но логика и основания вынесения решения по аналогичным предыдущим делам всегда исследуется в рамках нового процесса. Фактически, изучение решений, вынесенных CAS, показывает, что, начиная с 2003 года *каждое* решение по конкретному делу *обязательно* содержит ссылки на ранее созданные прецеденты. Однако система спортивного права — *lex sportiva* — до сих пор находится в весьма ранней стадии своего формирования. Поэтому периодически возникают ситуации, в которых CAS не в состоянии опереться на сложившуюся практику. А объективность и справедливость его решений (и тем самым, статус «высшего судебного органа по рассмотрению спортивных споров»)

¹ Кодекс спортивного арбитража (с изм. на 1 января 2017 года). URL: http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINAL_en.pdf. Дата обращения: 20 мая 2019 года

ставятся под сомнения и оспариваются, несмотря на введенные корпоративные запреты.

Именно такая ситуация возникла в так называемом «деле Клаудии Пехштайн» (Claudia Pehschtein) — немецкой спортсменки, конькобежки, пятикратной олимпийской чемпионки, чемпионки мира 2000 года в классическом многоборье и пятикратной чемпионки мира на отдельных дистанциях, которая в течение 11 лет подряд (с 1996 по 2006 годы) становилась призером чемпионатов мира в классическом многоборье. Спортсменка была привлечена к ответственности за употребление допинга. Нормы *lex sportiva* весьма жестко регулируют вопросы, связанные с нарушением антидопингового правила. Всемирный антидопинговый кодекс, как уже было показано выше, основан на так называемом принципе «*strict liability*» (обычно данный термин переводится как «строгая ответственность», но юридически более близким по значению является понятие «объективное вменение»), согласно которому ответственность за употребление допинга наступает вне зависимости от вины. Проблема в случае с К. Пехштайн заключалась в том, что ни запрещенная субстанция, ни ее метаболиты, ни маркеры не были обнаружены во взятых у спортсменки пробах. Основанием для ее обвинения в употреблении допинга стал так называемый «биологический паспорт», точнее говоря, применяемый на тот момент в циклических видах спорта «*паспорт крови*», — индивидуальный статистический документ (или *профиль*, англ. — *profile*), отражающий показатели крови спортсмена за весь период его спортивной жизни. Он составляется на основе базовых параметров, которые показывает анализ крови спортсмена (уровень гемоглобина, количество эритроцитов и т.д.). Изменение этих параметров *может* свидетельствовать о том, что спортсмен употреблял допинговый препарат или использовал запрещенный метод (например, *гемотрансфузию* — переливание крови). То есть, по сути, основанием применения спортивных санкций (2-летней дисквалификации) стало аналитическое заключение экспертов, изучивших паспорт крови спортсменки. Такого рода доказательная база была впервые представлена в CAS в случае с К. Пехштайн, и после того как CAS признал данные доказательства допустимыми, он вынес решение об оставлении в силе наложенных Международным союзом конькобежцев на К. Пехштайн спортивных санкций (дисквалификации). Спортсменка попыталась обжаловать решение CAS по установленной процедуре: поскольку CAS зарегистрирован в Швейцарии, его решения, так же как и решения любого третейского суда, могут быть обжалованы в суд общей юрисдикции, в данном случае, в соответствии со ст. 100 Федерального закона от 17 июня 2005 года «О Верховном суде Швейцарии», компетентным органом по рассмотрению жалоб на решения CAS является Верховный суд Швейцарии (иногда он называется — Швейцарский

федеральный трибунал, нем. *Bundesgericht*, фр. *Tribunal fédéral*, умал. *Tribunale federale*). Но в силу законодательно установленных ограничений Верховный суд Швейцарии принимает жалобы на решения CAS лишь по узкому кругу вопросов, в основном, связанных с нарушением процедуры рассмотрения дел в самом CAS. К. Пехштайн в поданной апелляции утверждала, что CAS не является независимым третейским судом и поэтому выносимые им решения не являются справедливыми и беспристрастными, что является основанием для обжалования решения третейского суда в соответствии с ч. 2 ст. 190 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве». ¹ Однако Верховный суд Швейцарии отклонил жалобу, указав, что спортсменка сама обратилась в CAS и подписала все процессуальные документы, в том числе жалобу от 29 сентября 2009 года, не выдвигая каких-либо возражений относительно независимости и беспристрастности CAS. В такой ситуации возражения относительно независимости и беспристрастности CAS на слушаниях в Верховном суде Швейцарии являются недобросовестными.

Получив отказ в рассмотрении апелляции в Швейцарии, спортсменка (несмотря на «добровольный отказ» от рассмотрения спортивных споров в судах общей юрисдикции) обратилась с жалобой на решение CAS по месту своего жительства — в окружной суд г. Мюнхена. Суть ее жалобы сводилась к недействительности юрисдикции CAS в ее деле по причине отсутствия добровольного согласия на подписание арбитражного соглашения. Суд, однако, оставил в силе решение CAS по принципу *res judicata* (лат., «разрешенное дело», суть принципа заключается в том, что решение суда окончательно и обжалованию не подлежит: спортсменка сама обратилась в суд — CAS, потребовала рассмотрения ее дела и получила судебное решение). Но при этом отметил, что «третейская оговорка» не может считаться действительной, если спортсмен не давал согласие на рассмотрение своих споров в третейском суде (арбитраже) и к выбору третейской юрисдикции он, по сути, принуждался. И, по сути, констатировал, что такого рода подходы, связанные с юрисдикцией CAS, являющиеся общепринятыми в мире спорта, не соответствуют ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Европейская конвенция) (право на справедливое судебное разбирательство).²

Данное решение окружного суда Мюнхена было обжаловано спортсменкой в апелляционный (земельный) суд на основании нарушения права на справедливое судебное разбирательство, закрепленное

¹ Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве». URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>. Дата обращения: 20 мая 2019 года

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

в ст. 6 Европейской конвенции и на основании того, что в системе спорта как CAS, так и международные спортивные федерации являются, по сути, монопольными игроками, диктующими свою волю спортсменам. Апелляционный суд признал обоснованность жалобы и принял ее к рассмотрению. Более того, в своем итоговом решении, вынесенном с точки зрения действия конкурентного права в ФРГ, суд указал на то, что состояние, при котором одна сторона (в данном случае, спортивная федерация — Международный союз конькобежцев) является доминирующей в своей сфере, и поэтому другая сторона вынуждена соглашаться с предлагаемыми формами взаимодействия, может породить, если и не монопольное злоупотребление доминированием на рынке, то так называемый «структурный дисбаланс», который лишает спортсмена возможности как выбрать третейский суд, так и выбрать в конкретном третейском суде (CAS) арбитров, которые были бы объективны. Что же касается процедурных оснований (уже рассмотренного выше принципа *res judicata*), то суд указал на то, что по общему правилу данный принцип, безусловно, должен применяться и национальные суды не должны пересматривать или оценивать решения, вынесенные иностранными третейскими судами. Однако любой национальный суд имеет право убедиться в том, что решение было вынесено надлежащим арбитражем, т.е. соблюдены фундаментальные принципы рассмотрения дел в порядке третейского судопроизводства. Указанное право национального суда предопределено п. “b” ч. 1 ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее — Нью-Йоркской Конвенцией от 10 июня 1958 г.): «В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения».¹ Что же касается положений ст. 6 Европейской конвенции, то, с точки зрения апелляционного суда, дело не может рассматриваться третейским судом, если стороны не дают на это согласие. Однако, если сторона указывает на то, что согласие было «вынужденным», поскольку в ином случае она не смогла бы осуществлять экономическую деятельность (под эгидой другой стороны), то данное согласие не является недействительным и не входит в противоречие с нормами Европейской конвенции.

¹ Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. URL: http://base.garant.ru/10164637/#block_5. Дата обращения: 25 мая 2019 года

В целом, апелляционный суд решил, что:

1) третейское соглашение, существующее между спортсменкой и Международным союзом конькобежцев, аннулируется — оно не является действительным;

2) Международный союз конькобежцев занимает монопольное положение на рынке (в системе организации спортивных конькобежных соревнований), поэтому к данной организации может быть применен закон ФРГ о конкуренции, который запрещает извлекать выгоды из доминирующего положения на рынке, в данном случае — требовать от спортсмена заключения «арбитражной (третейской) оговорки»;

3) CAS не является независимым и беспристрастным третейским судом;

4) Решение CAS по делу К. Пехштайн не подлежит признанию на территории ФРГ, поскольку нарушает публичный порядок, включающий фундаментальные положения конкурентного права.

Данное решение, по сути, «потрясло» как мир спортивной юстиции, так и многих международных экспертов, выступивших категорически против возможности пересмотра национальными судами решений иностранных третейских судов. Как правило, их аргументация сводилась к формальному противоречию такого подхода положениям Нью-Йоркской Конвенции от 10 июня 1958 года¹. Тем не менее, в течение двух последующих лет CAS — до момента рассмотрения апелляционной жалобы на данное решение, поданной в Верховный Суд ФРГ, — находился в состоянии полной неопределенности, и любые его решения вызывали сомнения. Однако Верховный Суд ФРГ отменил решения двух нижестоящих судов (апелляционного суда и суда первой инстанции (окружного суда) и признал CAS в качестве «реального» (надлежащего) третейского суда, соответствующего принципу независимости суда по смыслу Гражданского процессуального кодекса Германии, то есть отделенному от МОК, международных спортивных федераций и национальных олимпийских комитетов, которые его создали и финансируют. Наличие «закрытого» списка арбитров не угрожает независимости CAS до такой степени, которая могла бы поставить под сомнение его позицию в качестве надлежащего третейского суда, — решил Верховный Суд ФРГ.

В этом же решении Верховный Суд ФРГ оценил по существу действительность «третейской оговорки», указав на то, что:

1) спортсмен добровольно соглашается с «третейской оговоркой», закрепленной в уставе или регламенте спортивной федерации: факта принудительного отказа спортсмена от фундаментального права на об-

¹ См., например, *Mavromati D. The Legality of an Arbitration Agreement in Favour of CAS Under German Civil and Competition Law — The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016.* 1–15. URL: <https://ssrn.com/abstract=2800044>

ращение в суд ни один из нижестоящих судов установить не смог, какому-либо принуждению либо угрозам К. Пехштейн не подвергалась; такого рода («конклюдентная») «третейская оговорка» является действительной и не нарушает принципа запрета использования доминирующего положения в соответствии со статьей 19 Закона о конкуренции Германии (GWB)¹;

2) особенностью любых договорных отношений является то, что стороны самостоятельно определяют свои гражданские права и обязанности, которые становятся юридически обязывающими для сторон с того момента как договор заключается.

Таким образом, практика спортивного арбитража должна соответствовать фундаментальным требованиям, связанным с третейским разбирательством, а именно требованиям о добровольном согласии сторон на рассмотрение дела в третейском суде; в отсутствие такого соглашения — «третейской оговорки» — дело не может рассматриваться в спортивном трибунале. Но особенность этой «оговорки» в системе «спортивного права» заключается в ее особой природе. В современном спорте «третейскую оговорку» в «классическом виде» — в виде специального соглашения (отдельного либо пункта договора), подписанном сторонами — заменила (и признана национальными судами, как минимум, Швейцарии и ФРГ действительной) «конклюдентная» «третейская оговорка». Именно такую «оговорку» содержат корпоративные (регламентные) нормы, принимаемые как международными, так и национальными спортивными федерациями. И спортсмены попросту не вправе участвовать в соревнованиях, проводимых под эгидой соответствующей федерации, в том случае, если они «добровольно» не согласны на третейское рассмотрение споров, возникающих в связи с такого рода соревновательной деятельностью, в специализированном спортивном третейском суде.

Аналогичным образом складывается данная система и в сфере антидопингового обеспечения: Всемирный антидопинговый кодекс (который также принят абсолютным большинством спортивных федераций) содержит статью 13 «Апелляции», п. 13.2.1. которой — «Апелляции, касающиеся Спортсменов международного уровня или Международных спортивных мероприятий» устанавливает, что «если нарушение произошло во время Международного спортивного мероприятия или если вовлечены Спортсмены международного уровня, апелляция на вынесенное решение должна подаваться исключительно в CAS»². При этом примечание к статье 13.2.1 особо устанавливает, что

¹ Gestez gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>. Дата обращения — 4 апреля 2019 года.

² Всемирный антидопинговый кодекс. URL: http://rusada.ru/upload/iblock/694/%D0%9A%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BA%D1%81_%D0%905_2015_PRINT%202018.pdf. Дата обращения — 24 мая 2019 года.

решения CAS являются окончательными и обязательными, за исключением любого пересмотра, предусмотренного законом, который применяется к аннулированию или исполнению арбитражных решений.

В рамках системы рассмотрения «допинговых» («дисциплинарных») дел, столь же ключевым как кейс Клаудии Пехштайн, стал прецедент теннисиста Гильермо Каньяса (Guillermo Cañas).¹ Решение, вынесенное в ходе рассмотрения апелляции Верховным судом Швейцарии, также содержит указание на то, что согласие («третьейская оговорка») в спортивном арбитраже по рассмотрению споров, связанных с применением допинга, носит **«неконсенсуальный характер»**. У спортсменов нет другого выбора, кроме как принять соответствующие правила и согласиться на предлагаемые процедуры, если они намерены участвовать в международных спортивных соревнованиях, а именно, во-первых, любой спор о нарушении антидопингового правила направлять в третейский суд: трибунал, палату по рассмотрению споров соответствующей международной спортивной федерации и далее — в CAS, а, во-вторых, не направлять такого рода спор любой другой суд (прежде всего, национальный), т.е. отказаться от конституционно признаваемое повсеместно право на доступ к правосудию. Например, в Конституции Российской Федерации этот вопрос урегулирован в ст. 46 Конституции Российской Федерации: «Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод... Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». И Верховный суд Швейцарии, в сущности, признает, что спортсмен, если он намерен участвовать в спортивных соревнованиях под эгидой соответствующей спортивной федерации, регламентные (корпоративные) нормы которой требуют «конклюдентного» присоединения к «третьейской оговорке», не имеет иного выбора, кроме как принять согласиться на эти условия. То есть «добровольно» принуждается к признанию «третьейской оговорки» и к отказу от реализации права на доступ к правосудию. Тем не менее, с точки зрения швейцарских судей, такого рода подход может быть признан допустимым из-за «неоспоримых» (с точки зрения суда) преимуществ «спортивного арбитража» (рассмотрения третейских споров в специализированных третейских судах). Эти преимущества возникают в связи с тем, что с точки зрения швейцарских судей, только специализированные спортивные трибуналы могут учитывать тот факт, что спорт (профессиональный

¹ Здесь и далее цитируется решение (в переводе автора на русский язык) 4P.172/2006 Judgment of 22 March 2007 1st Civil Law Court Guillermo Cañas vs. ATP Tour and Court of Arbitration for Sport (CAS). URL: <https://law.marquette.edu/assets/sports-law/pdf/2012-conf-canas-english.pdf> Дата обращения: 24 мая 2019 года

и высших достижений) характеризуется высоко централизованной структурной организацией как на национальном, так и на международном уровнях. Установленные отношения подчинения между спортсменами и спортивными федерациями, которые управляют различными видами спорта, отличаются от горизонтальных, частноправовых отношений, возникающих между сторонами на основании договора. Это структурное различие между двумя типами отношений оказывает принципиальное влияние на сам процесс волеизъявления, который приводит к заключению соглашения между спортсменом и федерацией. Если стороны находятся в равных условиях, то каждая из них формулирует свои требования к договору, которые затем согласовываются, например, как это имеет место в международной коммерческой практике. В мире же спорта ситуация совершенно иная: не считая гипотетически возможной ситуации, когда спортсмен настолько известен, что способен диктовать свои условия международной федерации, регулирующей его вид спорта, как правило, в большинстве случаев спортсмены не имеют какой-либо власти над своими федерациями и должны соблюдать требования спортивных федераций, вне зависимости от того, устраивают они их или нет. Эта проблема особенно актуальна в области профессионального спорта, поскольку именно здесь перед спортсменом возникает дилемма: либо принять «правила игры» (включающие «принудительную» «третейскую оговорку»), либо заниматься избранным видом спорта в качестве любителя. Разумеется, что выбор в такой ситуации очевиден, как в том случае, когда мотивы спортсмена не являются материальными (он хочет встретиться с «настоящими противниками»), так и в том случае, когда мотивация является материально обусловленной, например, когда единственный существенный источник дохода спортсмена — это «призовые» или заработок в натуральной форме, или доход от рекламы и т. д.

И в такого рода ситуации не вызывает сомнений тот факт, что «отказ» спортсмена от обращения к органам государственной судебной системы, не является добровольным, а является следствием подчинения решениям спортивной федерации. Несомненно, что такого рода «добровольный отказ» не может быть признан и не признается национальными судами в случае, если спортсмен в них все же обращается. Да и в целом такого рода подход нельзя не признать весьма сомнительным с точки зрения норм международного права — например, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод,¹ п. 1 статьи 6 которой устанавливает, что «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Рим, 4 ноября 1950 г. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf/ Дата обращения: 26 мая 2019 года

уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона». И «стандартный» для представителей международных федераций «довод» о том, что федерация не является монополией, «никто спортсмену руки не выкручивает» и не заставляет подчиняться правилам федерации — если он с этими правилами не согласен, то может объединить всех «несогласных» спортсменов в «свою» федерацию и соревноваться по тем правилам, которые устраивают их, конкурируя с такой федерацией, — также должен быть признан несостоятельным. Формально, действительно, спортсмены могут создать «альтернативную федерацию», однако реалии сегодняшнего профессионального спорта таковы, что в большинстве (прежде всего, олимпийских) видов спорта все профессиональные спортсмены объединены под эгидой единой международной спортивной федерации. Поэтому спортсмен не свободен в своем волеизъявлении, соглашаясь как на юрисдикцию третейского суда данной спортивной федерации, так и на юрисдикцию CAS. И, следовательно, в случае, если спортсмен обращается в национальный суд за защитой, вне зависимости от того, подписал он «третейскую оговорку» или нет, считать ли заключенным «конклюдентное» третейское соглашение или нет, национальный суд должен принять заявление и рассмотреть вопрос по существу. Но, с другой стороны, все приведенные выше аргументы не являются на сегодняшний день основанием для национального суда для признания CAS не независимым и не справедливым судом, а «конклюдентные» «третейские оговорки» ничтожными в силу их «обязательности» для спортсмена вне зависимости от наличия или отсутствия согласия. Доктрина, на которую обычно ссылаются суды, отказывающие спортсменам в такого рода случаях, сводится к тому, что несмотря на «обязательность» спортивного третейского разбирательства, оно является эффективным для спортсмена и наилучшим образом учитывает его интересы, поскольку:

- обеспечивает достаточное быстрое рассмотрение дела (в мире спорта, где «век» профессионального спортсмена, как правило, чрезвычайно короток, это необыкновенно важно);
- является профессиональным в силу компетентности и узкой специализации арбитров;
- создает более широкие возможности для исполнения решения, поскольку оперирует не только имущественными (как в случае с национальным судом), но и так называемыми спортивными санкциями, к которым относятся дисквалификация, лишение набранных очков, призов и т.п.¹

¹ См: *Pashorina-Nichols V. Is the court of arbitration for sport really arbitration?* LLM research paper Laws 521 international arbitration and dispute settlement, 2015. 1–74. URL: <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/5007/paper>.

Равным образом, по состоянию на сегодня, верховные национальные суды европейских стран (Швейцарии, ФРГ) не согласны и с определением действий спортивных федераций как «монополистических». В частности, в рассмотренном выше деле К. Пехштайн, Верховный суд ФРГ указал, что следует различать понятие «доминирующее положение» и «злоупотребление доминирующим положением». Само по себе доминирующее положение не является противоправным, а требование спортивной федерации (Международного союза конькобежцев (ISU) в рассматриваемом случае) «согласиться» с «третейской оговоркой» — не является злоупотреблением доминирующим положением.¹

Наконец, независимость и беспристрастность CAS так же остается признанной (соответствующей принципу надлежащего управления), несмотря на определенные сложности, связанные с тем, что, во-первых, деятельность CAS финансируется как МОК, так и спортивными федерациями (которые вполне могут являться стороной в споре), а, во-вторых, большая часть арбитров CAS так или иначе связана со спортивными федерациями.

Верховный суд ФРГ пришел к выводу о том, что CAS является независимым и беспристрастным третейским судом (то есть, соответствующим положениям немецкого гражданского законодательства), признав достаточными аргументы Швейцарского федерального трибунала, изложенные в деле российских лыжниц О. Даниловой и Л. Лазутиной,² суть которых в том, что CAS является надлежащим третейским судом, поскольку он реально обеспечивает независимость и беспристрастность арбитров, рассматривающих дела спортсменов, даже в спорах последних с МОК. Принципиальной позицией Верховного суда Швейцарии, изложенной в решении по делу О. Даниловой и Л. Лазутиной и постоянно поддерживаемой вплоть до настоящего времени является то, что суд убежден в том, что арбитры CAS относятся к любым сторонам, участвующим в споре, включая МОК, на основе принципа *pari passu* (равенства сторон): несмотря на то, что МОК частично финансирует CAS, не было ни одного прецедента, когда CAS лишил бы спортсменов их прав на равенство и на справедливое судебное разбирательство.³

pdf?sequence=1. Дата обращения: 26 мая 2019 года. Юрлов С. Третейское разбирательство в сфере спорта: некоторые вопросы теории и практики. URL: <http://xn----7sbbaj7auwnflhk.xn--p1ai/article/24225> Дата обращения: 26 мая 2019 года.

¹ Under German Civil and Competition Law / The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016. 1–15. Электронный ресурс. URL: <https://ssrn.com/abstract=2800044>. Дата обращения: 26 мая 2019 года

² См.: James A. R. Nafziger, Stephen F. Ross. Handbook on International Sports Law. Edward Elgar Publishing, 2011. 567 с.

³ Claudia Pechstein V. International Skating Union. (2016). German Federal Court (BGH). URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?G>

Еще одна важная позиция, с точки зрения Верховного Суда ФРГ состоит в том, что назначение арбитров по делу осуществляется не только одной стороной: обе стороны в рамках процесса в CAS имеют равные возможности выбора арбитров (несмотря на то, что общий список арбитров является «закрытым» и составляется Международным советом по спортивному правосудию, ICAS). И хотя на формирование такого общего списка оказывают косвенное влияние спортивные федерации (часть членов ICAS назначается федерациями), это влияние не настолько сильно, чтобы можно было предполагать предвзятость арбитров. И если общий список арбитров включает более 300 человек — определено среди них спортсмен (как сторона в споре) сможет найти нейтрально настроенных судей.¹

Наконец, Верховный Суд ФРГ высказал точку зрения о том, что в случае, если речь идет о применении допинга в спорте, спортсменов и спортивные федерации не следует рассматривать как «два противостоящих лагеря» в отличие, например, от коммерческих и трудовых споров, связанных с противостоянием сторон, поскольку в первом случае у обеих сторон — общая цель — искоренить / предотвратить применение допинговых препаратов в спорте.²

Таким образом, на сегодняшний день мы имеем в спорте доминирующие, но «не злоупотребляющие» этим доминированием международные спортивные федерации, и независимый и беспристрастный международный третейский суд — CAS, — право которого рассматривать дела спортсменов без их согласия на сегодня подтверждено высшими национальными европейскими судами, хотя в целом ряде случаев конкретные прецеденты получили иные решения, отличные от тех, которые вынес CAS — достаточно вспомнить, например, прецедент А. Зубкова, являющегося «Олимпийским чемпионом на территории Российской Федерации» в соответствии с решением Московского городского суда³. Окажется ли эта система достаточно стабильной — неизвестно, попытки ее изменить в последнее время предпринимаются все чаще.

ericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74892&pos=0&anz=97 Дата обращения: 26 мая 2019 года

¹ *Claudia Pechstein V. International Skating Union.* (2016). German Federal Court (BGH). URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74892&pos=0&anz=97>. Дата обращения: 26 мая 2019 года

² Там же.

³ Мосгорсуд частично отказал в признании на территории России решения Спортивного арбитражного суда в отношении Александра Зубкова. Вопрос о возвращении медалей суд не рассматривал. URL: <https://www.mos-gorsud.ru/mgs/news/mosgorsud-chastichno-otkazal-v-priznanii-na-territorii-rossii-resheniya-sportivnogo-arbitrazhnogo-suda-v-otnoshenii-aleksandra-zubkova-vopros-o-vozvrashtenii-medalej-sud-ne-rassmatrival> Дата обращения: 26 мая 2019 года.

Бакулина Лилия Талгатовна

*профессор кафедры теории и истории государства и права,
декан юридического факультета Казанского (Приволжского)
федерального университета,
доктор юридических наук*

Шигабутдинова Алина Леонидовна

*доцент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
кандидат юридических наук*

Социальная природа договорно-регулятивной деятельности

Будучи неотъемлемой частью общего механизма социального управления и регулирования, право представляет собой сложную целостную систему, которая всегда находится в динамическом взаимодействии с социальной средой. Воплощая активную роль права как социального регулятора, правовое регулирование в то же время само формируется под влиянием социальной среды. Как справедливо указывает в этой связи Д. А. Керимов, внешняя среда оказывает влияние на существующую в ней систему, определяет направленность ее функционирования¹.

Это означает, что ключевые параметры праворегулятивной деятельности, являясь проявлением внутренней логики права, тем не менее, имеют глубинные социальные предпосылки. Преломляясь в сознании и воле законодателя, субъективные и объективные факторы общественного бытия определяют, во-первых, содержание социально-правовой информации, генерируемой субъектами праворегулятивной деятельности, а, во-вторых, конкретный порядок ее выработки.

В первом случае мы имеем дело с социальной обусловленностью способов правового регулирования, в самом общем виде отражающих содержание той информации, в которой находит свое выражение воля субъекта праворегулятивной деятельности. В распоряжении субъекта праворегулятивной деятельности находится два способа объективации своей воли — дозволение и обязывание. Использование в праворегулятивной деятельности конструкций субъективных прав и юридических обязанностей, составляя специфическую правовую закономерность, тем не менее коренится в самом фундаменте социальной жизни.

В этом смысле дозволение и обязывание представляют собой универсальные способы регуляции любых социальных взаимодействий,

¹ Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М.: Аванта+, 2001. С. 257.

соответствующие их объективной природе. В основе социальной жизни лежит взаимовыгодный обмен: вознаграждение в обмен на определенную плату — затраты. Вступая в общественное отношение, субъект рассчитывает приобрести необходимое ему моральное или материальное благо, обладание которым связано с соответствующими издержками. Упорядочение социальных взаимодействий состоит в предоставлении человеку возможности обладать указанным благом (дозволение) и установлении требования совершить определенные ответные действия в отношении других лиц (обязывание).

Таким образом, субъект праворегулятивной деятельности, не являясь творцом используемых им способов упорядочивающего воздействия на общественные отношения, применяет уже сложившийся в социальной жизни механизм регуляции. Поэтому эффективность правового регулирования того или иного вида общественных отношений зависит от степени социальной обоснованности его способов, их соответствием тем объективным рамкам дозволенного и должного поведения, которые сложились в той или иной сфере общественных отношений.

Во втором случае речь идет о социальной обусловленности метода правового регулирования, задающего общий ход процесса выработки, использования и осуществления поведенческих моделей участников социальных взаимодействий — дозволений и обязываний. Включая целостную систему «настроек» всех звеньев механизма правового регулирования, метод правового регулирования координирует праворегулятивную деятельность, обеспечивает ее внутреннюю согласованность.

В самом общем виде метод правового регулирования определяет природу волевого взаимодействия субъекта праворегулятивной деятельности с участниками регулируемых общественных отношений. При централизованном методе регулирования оно носит характер добровольного или вынужденного подчинения воли участника общественных отношений воле субъекта праворегулятивной деятельности. Децентрализованный метод предполагает согласование воли юридически равных субъектов праворегулятивной деятельности при регулировании совместных действий.

Избрание того или иного метода правового регулирования обусловлено совокупностью исходных — предрегулятивных — установок, формируемых в сознании субъекта праворегулятивной деятельности под влиянием ряда субъективных и объективных факторов. Определяющей объективной детерминантой метода правового регулирования, по общему признанию, является характер регулируемых общественных отношений. К субъективным факторам метода правового регулирования относится совокупность внутренних побудительных мотивов, опосредующих формирование воли ее субъекта (правосознание, осознанные потребности, цели, интересы и т.п.).

Проводя подобную дифференциацию, необходимо в то же время признать ее известную условность. Объективная социальная природа регулируемых общественных отношений получает не прямое отражение в методе правового регулирования, а опосредованное, преломляясь в сознании субъекта праворегулятивной деятельности.

В свою очередь социально-психологические компоненты, влияющие на формирование воли субъекта праворегулятивной деятельности, объективно детерминированы. Исходя из диалектико-материалистического принципа первичности материи и вторичности сознания, первичности общественного бытия и производности общественного сознания, психическое всегда вторично, производно как потому, что оно является продуктом высокоорганизованной материи — человеческого мозга, так и потому, что оно определяется в своем содержании физической конституцией человека и окружающей человека объективной действительностью¹.

Сознание человека — отнюдь не самодостаточная, свободная от влияния объективной действительности сила, совершенно независимая в выборе тех или иных вариантов поведения. Оно всегда развивается в определенных, исторически сложившихся условиях, в которых существует и действует человек, под воздействием которых формируется его психика.

Соотношение объективного и субъективного в процессе формирования метода правового регулирования носит сложный характер. Как отмечается, оно может выражаться в их сочетании, а также проявляться в их противоречиях. Диалектическое сочетание субъективного и объективного в правовом методе имеет место в случае оптимального учета объективных закономерностей развития общественных отношений при выборе соответствующих приемов и способов².

Исходя из сказанного, становится понятным, что двухуровневая организация правового регулирования, обусловленная различиями в природе централизованного и децентрализованного метода, формируется под воздействием закономерностей общественного развития и потребностей социальной практики. Качественная определенность односторонне-властного и договорного регулирования, как двух противоположных по характеру волевого взаимодействия и инструментарию стратегий специально-юридического упорядочивающего воздействия на общественные отношения, вытекает из двух глубоко различных социальных оснований.

Таким образом, понимание специфики договорно-регулятивной деятельности неотделимо от выявления и осмысления социальных предпосылок ее зарождения и становления. Речь идет о необходимо-

¹ Общая теория советского права / под ред. С. Н. Братуся и И. С. Самошенко. М.: Юрид. лит., 1966. С. 17.

² *Нуралиева Е. Н.* Метод правового регулирования общественно-трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1979. С. 10.

сти установления системы социальных факторов, обуславливающих имманентную договорному регулированию природу волевого взаимодействия субъекта праворегулятивной деятельности с участниками регулируемых общественных отношений.

При решении указанной задачи, на наш взгляд, важно иметь в виду следующее.

Во-первых, являясь внешними по отношению к правовой действительности условиями, указанные факторы в самом общем виде предопределяют саму возможность и необходимость использования децентрализованного метода правового регулирования общественных отношений и определяют его допустимые пределы.

Во-вторых, обладая универсальным характером, указанные предпосылки, тем не менее, приобретают специфические особенности в зависимости от конкретных условий социального развития.

В-третьих, становление договорного регулирования является результатом системного взаимодействия всего комплекса предпосылок, ни одна из которых обособленно не может рассматриваться как достаточное условие введения децентрализованного режима праворегулятивной деятельности.

В-четвертых, предпосылки договорного регулирования, дифференцируясь по своему содержанию, могут играть различную роль в процессе его социальной детерминации. Одни из них имеют ключевое значение, обосновывая саму возможность договорного регулирования, другие — напротив, второстепенное, устанавливая лишь отраслевые границы договорно-регулятивной деятельности.

В-пятых, в процессе формирования договорного регулирования воздействие указанных предпосылок проходит сложную сеть опосредований, одним из элементов которой является воля законодателя.

Это дает основание выделить в становлении и развитии договорного правового регулирования две грани — общесоциальную и специально-юридическую.

Первая — отражает действие объективных факторов социальной действительности, благодаря которому создается потребность в договорном упорядочивающем воздействии на общественные отношения.

Вторая — раскрывает юридико-технический аспект формирования имманентного договорно-регулятивной деятельности инструментария — создание функциональных и эффективных правовых конструкций, наиболее точно и полно воспроизводящих присущее договорному регулированию волевого взаимодействие субъектов.

Заданный подобным образом механизм формирования договорного правового регулирования обусловлен следующими социальными факторами.

Первый фактор — солидарная природа регулируемых правом социальных взаимодействий.

По справедливому утверждению В. В. Трофимова, «роль социально-го взаимодействия не пассивна, она не сводится к предмету правового регулирования. Его роль активна, что позволяет рассматривать данный феномен как фактор объективного характера, который воздействует на решения, содержащиеся в правовых нормах, т.е. как фактор, определяющий содержание, характер и конечные цели правовых регуляторов»¹.

Договорное регулирование имеет дело с отношениями особого рода, природа которых оказывает известное влияние на регулятивную активность субъекта, применяемые им средства и способы воздействия.

В этой связи на данном этапе исследования закономерно возникает задача — установить свойства социальных взаимодействий, объективно требующих или допускающих применение децентрализованного режима праворегулятивной деятельности. Естественно, что поставленная задача требует выхода за пределы юридической формы общественных отношений, которая является результатом их правового регулирования и лишь косвенно указывает на обуславливающее ее социальное содержание.

Основное внимание должно быть сосредоточено на рассмотрении глубинной социально-психологической сущности взаимодействия, которая, будучи осознанной законодателем, формирует его предрегулятивные установки, влияет на выбор того или иного метода правового регулирования.

В социологической науке, несмотря на некоторые терминологические различия и несовпадение в отдельных деталях, складывается более или менее унифицированный подход к решению вопроса о типологии социальных взаимодействий.

В основе предлагаемого в научной литературе деления социально-практических взаимодействий лежит представление о том, что их качественное своеобразие зависит от внутреннего механизма человеческого отношения, т.е. от соотношения социальных интересов сторон. Понимаемый подобным образом социально-психологический механизм взаимодействия между людьми проявляется в двух состояниях: с одной стороны, коллизии, конфликта, антагонизма, оппозиции, конкуренции, с другой — компромисса, сотрудничества, кооперации, организации². Исходя из этого, все многообразие конкретных форм социальных взаимоотношений в обществе, как правило, сводится к дихотомии: сотрудничество и соперничество (ассоциация и диссоциация, кооперация и конкуренция и т.д.)³.

¹ Трофимов В. В. Конфликт и сотрудничество как объективная основа правообразовательного процесса // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». — 2010. — № 2. С. 5–13.

² Придворов Н. А., Трофимов В. В. Правообразование и правообразующие факторы в праве. М.: Норма: Инфра-М, 2012. С. 252.

³ Общая социология: Учебное пособие / под общ. ред. А. Г. Эфендиева. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 196.

Сотрудничество представляет собой тип социального взаимодействия, основанный на взаимной заинтересованности и взаимозависимости субъектов, которые совместно стремятся к достижению общей цели. Полезность и привлекательность такого отношения для обеих сторон требует согласования и взаимоучета их интересов, разумных уступок партнеру, а также поиска компромисса при определении условий обмена.

Соперничество как тип социального взаимодействия возникает в случае притязания на единый и неделимый объект субъектов с противоположными, полярными интересами. Такой тип социального взаимодействия исключает возможность согласования воли, поскольку цели его сторон являются взаимоисключающими. Достижение своей цели одним из участников отношения не позволяет реализоваться целям другого. Субъекты социального взаимодействия соперничества воспринимают друг друга в качестве препятствия на пути к осуществлению цели, испытывая естественное желание устранить соперника или навязать ему свою волю.

В современных исследованиях небезосновательно утверждается, что биполярность общественной жизни (соперничество и сотрудничество) влияет на характер (тип) правового регулирования¹. Существование двух альтернативных стратегий социального поведения объективно требует применения различных принципов, методов и средств правовой регламентации. Как полагают Н. А. Придворов и В. В. Трофимов, закономерным следствием конфликтных отношений в социуме являются разрешительный тип правового регулирования и императивный метод. В свою очередь, общедозволительная направленность правового воздействия и диспозитивный метод — это правовые формы, объективно выражающие тип отношений социального сотрудничества, солидарности и партнерства.

Для обозначения указанных типов правового регулирования Н. А. Придворов и В. В. Трофимов вводят в научный оборот понятия «конфликтное право» и «право сотрудничества». Характерной чертой первого типа, по мнению авторов, выступает доминирование императивных начал, применение негативных (ограничивающих) правовых средств, тогда как второму — свойственна диспозитивность с привлечением позитивных (стимулирующих) правовых средств².

Присоединяясь в целом к рассмотренной точке зрения, обратимся к более детальному анализу отношений сотрудничества и детерминированных ими особенностей договорного правового регулирования. Здесь важно подчеркнуть, что отношения сотрудничества порождают собственные правовые конструкции, правовые средства, в разной

¹ Придворов Н. А., Трофимов В. В. Указ. соч. С. 255.

² См.: Там же. С. 16.

степени соответствующие их сущности. Однако наиболее полное воплощение указанные социальные взаимодействия находят в многообразной практике договорного регулирования. Договор представляет собой простое и универсальное правовое средство, позволяющее регламентировать отношения сотрудничества в различных сферах социальной жизни. В научной литературе справедливо отмечается, что договор является юридическим выражением кооперации¹.

Процесс установления и изменения условий договора, требующий обоюдного согласования воли и свободного волеизъявления сторон, рельефно отражает глубинное содержание солидарных отношений. Сказанное закономерно подводит к мысли, что социальной основой договорно-регулятивной деятельности служат многообразные отношения сотрудничества, опосредующие обмен материальными и духовными благами между индивидами или социальными группами. Как верно замечает в этой связи Б. И. Пугинский, «договор в отличие от актов индивидуального регулирования предназначен не для разрешения спорных, конфликтных ситуаций. Он обеспечивает юридическую организацию взаимоотношений субъектов в нормальных условиях их делового взаимодействия, сотрудничества»².

Рассмотренное выше позволяет выделить в обобщенном виде признаки социальных взаимодействий сотрудничества как предпосылки договорно-регулятивной деятельности.

Во-первых, обе стороны таких взаимодействий, вступая в него, преследуют общие цели.

При этом единство целей отнюдь не равнозначно их полному совпадению. Принципиальное значение приобретает не столько действительная близость или тождество целей участников общественного отношения, сколько их субъективно воспринимаемая взаимообусловленность. Формируя в сознании мысленный образ желаемого фактического или юридического результата взаимодействия, субъект связывает его наступление с определенным поведением партнера.

Телеологическая взаимообусловленность заставляет стороны координировать свои волевые побуждения, устанавливая обоюдно выгодные условия. Следовательно, общность целей предстает необходимой психологической предпосылкой выработки сторонами согласованных моделей поведения. Свое косвенное юридическое воплощение цели участников социального взаимодействия получают в корреспондирующих друг другу правах и обязанностях сторон договора.

Во-вторых, поступкам участников подобных отношений присуща взаимонаправленность и взаимозависимость. Совершая те или иные

¹ Придворов Н. А., Трофимов В. В. Указ. соч. С. 281.

² Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. М.: Зерцало-М, 2008. С. 45.

действия, субъект рассчитывает на определенную, вполне предсказуемую реакцию другой стороны взаимодействия.

В-третьих, такие отношения представляют собой обмен различными социальными (материальными или духовными) благами, обладающими значимостью для соответствующей стороны. Ценность объектов обусловлена их способностью удовлетворить те или иные потребности субъектов. Вместе с тем ни один из участников социального взаимодействия не имеет возможности получить интересующий его объект самостоятельно, нуждаясь в действиях партнера.

В-четвертых, участниками таких взаимодействий являются индивидуальные или коллективные субъекты, в распоряжении которых находится благо, представляющее интерес для другого лица.

Второй фактор — горизонтальный характер регулируемых правом социальных взаимодействий сотрудничества.

В соответствии со сложившимся в социологической науке взглядом, сотрудничество, опосредующее взаимовыгодный обмен благами, может принимать две различные формы. Во-первых, оно может носить характер вертикального (иерархического) взаимодействия между субъектами, предлагающими к обмену неравноценные блага; во-вторых, оно может носить характер горизонтального (равноправного) взаимодействия, стороны которого обладают равными по своей социальной значимости объектами.

Коренные различия между вертикальными и горизонтальными социальными взаимодействиями, обусловленные наличием или отсутствием в них властного начала, воплощаются в специфическом интеллектуально-волевом взаимодействии их субъектов.

В первом случае один из участников общественного отношения, являясь носителем более ценного блага, способен оказывать воздействие на поведение другого, подчинять его волю своей. Регламентация таких отношений допускает централизованный, односторонне-властный режим выработки моделей поведения, основанный на добровольном или вынужденном подчинении воле носителя властных полномочий.

Социально детерминированная воля субъекта власти, получая объективацию в тексте правовых актов, устной юридически значимой речи или конклюдентных действиях, трансформируется в информацию о требуемом или дозволяемом поведении. Такая информация, доведенная до сведения адресата, воспринимается сознанием человека, проходя сложный психологический процесс уяснения, усвоения, переработки. Под влиянием осмысленной информации, в сознании человека складывается программа будущих действий — его собственная воля. В процессе формирования воли человек нередко преодолевает внутреннее сопротивление, переживает борьбу мотивов и желаний, подчиняя, таким образом, свое поведение требованиям субъекта власти.

Во втором случае — эквивалентность средств обмена обеспечивает самостоятельность и автономию воли их обладателей, предопределяя децентрализованный, взаимосогласованный порядок установления правил поведения.

Другими словами, объективная потребность в договорном регулировании возникает, когда общественные отношения сотрудничества складываются между субъектами, не имеющими фактической и юридической возможности оказывать воздействие на волю друг друга. Отсутствие властных полномочий по отношению к партнерам не позволяет указанным субъектам формально подчинить их собственной воле и в одностороннем порядке определить их действия, вынуждая выработать согласованную, компромиссную модель поведения.

Взаимное интеллектуально-психологическое влияние автономных субъектов происходит в ходе формирования их воли. Каждый из субъектов отношений горизонтального сотрудничества, будучи заинтересованным в установлении или сохранении социальной связи, определяет образ будущего поведения, координируя свои интересы, цели, мотивы и желания с осознанными ожиданиями, претензиями и интересами партнеров.

Естественно, что необходимым условием полноценного сознательно-волевого взаимодействия является нормальное состояние психики каждого из участников взаимодействия. Воля, являясь свойством человеческой психики, подразумевает, что способность индивида к ее выработке связана, прежде всего, с бездефектным состоянием психической сферы человека, отсутствием расстройств и нарушений в функционировании мозга, затрудняющих или делающих невозможным осознание человеком значения своих поступков и руководство ими. Кроме названного критерия, способность индивида к выработке разумной воли связана с достижением определенного возраста, указывающего, что уровень физического, умственного и нравственного развития человека позволяет ему адекватно оценивать обстоятельства и самостоятельно совершать выбор того или иного варианта поведения¹.

Следует заметить, что социальные взаимодействия, составляя коммуникативную основу экономического и политического строя общества, воспроизводят в своем содержании объективные условия существования конкретной социально-исторической среды. Иначе говоря, система общественных отношений представляет собой продукт социального развития, в котором доминирующее значение принадлежит экономическим факторам.

С этой точки зрения горизонтальная форма сотрудничества как воплощение социально признанного равенства сторон является атри-

¹ Шигабутдинова А.Л. Правосубъектность и реализация права: дис. ... канд. юрид. наук. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2011. С. 79.

бутом рыночного уклада экономики, базирующегося на частной собственности и хозяйственной самостоятельности субъектов. Господство отношений частной собственности, обеспечивая независимость экономического поведения участников гражданского оборота, создает условия для их паритетного взаимодействия в сфере производства, распределения, обмена и потребления благ. В этом смысле социальное равенство и автономия воли субъектов сотрудничества являются, прежде всего, отражением их экономической обособленности как участников свободного товарообмена. Иначе говоря, исходным моментом, определяющим саму возможность договорного регулирования в экономической сфере, служит такая хозяйственная деятельность, в основе которой лежит частная собственность.

В политической сфере равноправное сотрудничество, а вместе с ним и возможность договорного регулирования, возникают в результате децентрализации государственного управления. Здесь мы сталкиваемся с существованием множества автономных субъектов политического процесса, способных, в силу рассредоточения управленческих функций, к самостоятельному принятию властных решений. Дифференциация государственной власти, порождающая равноправные политические отношения, характерна для целого ряда конкретно-исторических форм государства, специфика которых определяется политическим режимом, формой государственного устройства, формой правления и типом легитимации государственной власти. Так, горизонтальное сотрудничество субъектов политики, требующее договорного регулирования, присуще как современным федеративным государствам, так и раннефеодальным монархиям эпохи Средневековья.

Третий фактор — необходимость саморегуляции горизонтальных социальных взаимодействий сотрудничества.

Горизонтальное солидарное отношение строится на компромиссе, благодаря которому обеспечивается взаимная эффективность и стабильность интеракции. Очевидно, что достижение реального компромисса, основанного на взаимных уступках и учете интересов партнера, возможно лишь при условии непосредственного контакта равноправных участников социального взаимодействия, самостоятельной выработки ими оптимальных моделей должного и дозволенного поведения.

Только такой порядок социальной регуляции, позволяя наиболее полно и всесторонне выразить интересы и потребности сторон, учесть и закрепить все особенности конкретного социального обмена, выбрать из множества вариантов поведения наиболее комфортный, соответствует качественной определенности сотрудничества как взаимовыгодного социального взаимодействия. Другими словами, саморегуляция, подразумевая конструирование личностно целесообразных моделей собственного поведения, раскрывает имманентную логику солидарного отношения.

Надо заметить в этой связи, что централизованная регламентация отношений горизонтального сотрудничества, являясь внешней для его сторон, во-первых, не способна охватить всего содержательного богатства конкретного социального взаимодействия, а, во-вторых, лишает солидарные отношения гибкости и стимулирующего начала. В этом плане оно является вспомогательным, дополнительным методом регулирования отношений горизонтального сотрудничества, направленным в первую очередь на восполнение пробелов в саморегуляции и обеспечение общественной целесообразности взаимодействия, его соответствия социальным необходимым стандартам поведения.

Важно подчеркнуть, что саморегуляция, стимулируя участников социального взаимодействия на поиск наиболее эффективной стратегии поведения, «создает больше возможностей для «необходимого хаоса», который объективно требуется в целях постоянной адаптации к изменяющимся условиям среды, в целях порождения принципиальных нововведений в социальных связях, без чего гражданское общество как саморегулирующийся организм, немислимо».¹

Таким образом, договорное регулирование, представляя собой самостоятельные целенаправленные действия взаимозависимых и взаимозаинтересованных субъектов по установлению или изменению моделей собственного поведения, имманентно самой природе солидарного взаимодействия. Следовательно, договорно-регулятивная деятельность вызвана к жизни наличием в социальной практике равноправных общественных отношений сотрудничества, регламентация которых предполагает скоординированное, совместное волеизъявление автономных субъектов.

Социально обусловленное усложнение практики договорного регулирования дает основания для пересмотра научных представлений о нем. Изменения отраслевых границ и функциональной специализации договорного регулирования, раскрывая его основные свойства как общеправового феномена во всей полноте их конкретных проявлений, создают необходимую эмпирическую базу для перехода научного познания на уровень теоретических построений. Учитывая объективно существующие на любом этапе развития общества отношения сотрудничества и соперничества, наличие фундаментальных общечеловеческих универсалий культуры, заложенную в разумной природе человека способность коммуницировать, исследование договорно-регулятивной деятельности обуславливает выход на междисциплинарный уровень научного поиска.

¹ Малько А. В., Шундикова К. В. Цели и средства в праве и правовой политике. — Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2003. С. 215.

Емилия Панайотова

*профессор кафедры Административно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Принцип последовательности и предвидимости – основной принцип исполнительной деятельности согласно Административно-процессуальному кодексу Республики Болгарии

Предвидимость права является одним из основных факторов социальной стабильности государства. У нее есть ключевое значение, особенно при осуществлении исполнительной деятельности.¹ Учитывая данный факт, Административно-процессуальный кодекс (АПК) Республики Болгария в первой части, второй главе прямо провозглашает принцип последовательности и предвидимости как один из основных принципов административного процесса. Кодекс не только впервые дает ему дефиницию, но и регламентирует его многогранные проявления в отдельных производствах по осуществлению данной деятельности в соответствии с конституционными принципами государственного управления в широком смысле² и с принципами права ЕС (Европейского союза), по большей части в контексте принципа оправданных правовых и законных ожиданий, и принципов права ЕС,

¹ Понятие “исполнительной деятельности” не является синонимом понятия “государственное управление” в тесном смысле (реализация исполнительной функции государственной власти органами исполнительной власти). И это так, потому что исполнительная деятельность осуществляется не только органами исполнительной власти. “Исполнительная” является каждая деятельность, осуществляемая в исполнении функций в связи с управлением различных сфер общественной жизни посредством осуществлений административных полномочий. В зависимости от вида административных полномочий обособляются и отдельные виды/ формы исполнительной деятельности. Для квалификации “исполнительной” деятельности субъект, который ее осуществляет, не является определяющим фактором. Основную роль играет содержание деятельности, которая осуществляется. См. *Панайотова Е.* За понятието изпълнителна дейност във функционален аспект по АПК. Годишник на Софийския университет “Свети Климент Охридски”, Юридически факултет, том 86, 2019, с. 5–40.

² В Конституции Республики Болгария постулированы принципы государственного управления в широком смысле: правовое государство, социальное государство, разделение властей. Они закладывают фундамент правового регулирования и, соответственно, они оставляют свой отпечаток на принципах исполнительной деятельности. Понятие «государственное управление» в широком смысле подразумевает осуществление трех основных функций — законодательной, исполнительной и судебной, которые образуют ядро государственной власти.

в первую очередь, в контексте принципа оправданных правовых/ законных ожиданий, сформулированный Судом ЕС (СЕС) в его практике.¹

1. Принцип последовательности и предвидимости в праве ЕС

Суд Европейского Союза (ЕС) связывает защиту оправданных правовых ожиданий с общим для права ЕС принципом правовой безопасности, чьим продолжением и развитием является он сам.²

1.1. Принцип оправданных правовых ожиданий как дальнейшее развитие принципа правовой безопасности.

А) Принцип правовой безопасности требует, чтобы *состояние правовой рамки было стабильным*. Например, в связи с регистрационными производствами объектов интеллектуальной собственности Суд ЕС (СЕС) неоднократно постановлял, что администрации следует иметь ввиду уже вынесенные судебные решения по подобным заявлениям и с особым вниманием рассмотреть вопрос: должен ли он постановить таким же образом³. Другим типичным примером в данном контексте является позиция СЕС, что принцип правовой безопасности не нарушен, если отказом предоставить заявителю желаемые им блага, Европейская комиссия не изменила свою политику при принятии решения (по аналогичному случаю), и не ввела заявителя в состояние удивления.⁴

Б) *Защита от обратного действия правовых норм тоже является элементом стабильности*.⁵

Что касается ретроактивных правовых мер, Суд ЕС особенно строг в суждении, когда речь идет о разрушенном доверии в стабильности правового положения затронутого субъекта, основанное на явном или тайном уверении персонального обязательства со стороны институций ЕС. Суд допускает исключение из принципа в случаях, когда цель, которая преследуется, требует этого и, когда законные интересы тех, кого это затронуло, совместимы. Данное явление можно наблюдать

¹ См. Решение по делу ISD Polska and Others / Commission, C-369/09 P; Решение по делу Firma Anton Dürbeck/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, 112/80.

² См. Решение по делу Duff and Others/Minister for Agriculture and Food and Attorney General, C-63/93; Решение по делу Niemann, C- 14/01; Решение по делу ANAFE, C- 606/10.

³ См. Решение по делу Libertel, C- 104/01; Решение по делу Continental Bulldog Club Deutschland eV/Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)-OHIM, T-383/10.

⁴ См. Решение по делу Societa Finanziaria Siderurgica Finsider SpA/Commission of the European Communities, T-26/90.

⁵ См. Решение по делу Töpfer/Commission, 122/78; Решение по делу CNTA/Commission, 74/74.

в позиции Суда по делу *Racke*, которое поддерживается и по другим делам¹. Принцип правовой безопасности не позволяет применение новой, более ограниченной правовой регламентации в отношении фактического положения, возникшее во время действия режима предыдущей более благоприятной правовой регламентации, насколько это возможно, чтобы определенное лицо могло ссылаться на оправданные ожидания, имевшие место предыдущей правовой регламентацией.²

В) Принцип правовой безопасности требует *определенности и ясности правовой регламентации*.

Правовые нормы должны быть точными и ясными, чтобы правовые субъекты смогли недвусмысленно ознакомиться со своими правами и обязательствами и действовали согласно им. Например, по поводу наличия “повторного” нарушения в своих решениях Суд Европейского Союза, применяя принцип правовой безопасности, дает заключение, что: “Предвидимость правовых положений гарантирована, если критерии ясны и точны и не содержат никакой двусмысленности”³.

Г) Суд Европейского Союза придает особое значение правовой безопасности в гипотезах, которые относятся к ограничению основных прав и свобод. Он неоднократно отмечал, что необходимость данных ограничений должна быть оправданной специфическим общественным интересом, действительность которого, как основание для ограничения, оценивается инструментарием принципа пропорциональности.⁴

1.2. Принцип оправданных правовых ожиданий

Согласно практике Суда Европейского Союза, об оправданном правовом ожидании можно говорить только при одновременном наличии трех элементов. Объективный — действие органа, которое бы породило оправданные ожидания. Оно может выражаться через: издание акта (нормативного и ненормативного), постоянной практики, предоставление информации, сделанные заявления и обещания. На практике, посредством данного объективного элемента административные органы и должностные лица могут ограничивать сами поле своей дискреционной власти. Субъективный — добросовестно сформированное убеждение, что существуют определенные права и обязательства. Суд ЕС исследует несколько видов факторов в связи с субъективной стороной: до какой степени лицо для достижения

¹ См. Решение по делу *Racke/Hauptzollamt Mainz*, 98/78; Решение по делу *Stichting Goed Wonen/Staatssecretaris van Financiën*, C-376/02.

² См. Решение по делу Королевство Испании / Европейская комиссия, T-76/11.

³ См. Решение от 14.04.2005 по делу Бельгия против Европейской комиссии, C-110/03; Решение от 17.05.2013 по объединенным делам *Trelleborg Industrie SAS и Trelleborg AB*/Европейская комиссия, T-147/09 и T-148/09.

⁴ См. Решение по делу *Wachauf, Hubert Wachauf/Federal Republic of Germany* 5/88.

действия административного органа действовало правомерно, вызвало ожидание — ложь и введение в заблуждение, даже и ошибки ведут к отклонению претензии; до какой степени перемена, вызвана лицом, его поведением; до какой степени ожидание конкретно и обладает объективным выражением. Третий элемент — причинная связь между объективным и субъективным элементом.¹

Когда в качестве основания для возникновения оправданных правовых ожиданий указана данная “уверенность”, согласно практике СЕС, право лица ссылаться на принцип оправданных правовых ожиданий предполагает: первое — чтобы административный орган предоставил заинтересованному лицу точные, безусловные и непротиворечивые убеждения, происходящие от авторизованных и достоверных источников; второе — данные убеждения должны быть в состоянии породить оправданное ожидание в сознании того, кому они адресованы; третье — данные убеждения должны быть совместимы с действующими нормами.²

Примером “постоянной практики”, способной породить оправданные правовые ожидания, является гипотеза благоприятного акта, ограниченного во времени, чье действие по отношению к одному и тому же адресату периодически обновляется. Действительно, орган не обязан выдавать акт с новым сроком, но многократное обновление, ввиду того, что нет изменений в нормативной базе, также и в других относимых обстоятельствах, может породить оправданные ожидания у адресата акта, которые не могут быть немотивировано затронуты. Каждый случай, разумеется, следует рассматривать конкретно, для того, чтобы учесть субъективную сторону.³ Другим примером является выигрыш дела сотрудниками Правительственного штаба сообщений, в котором Суд Европейского Союза признал 35-летнюю практику консультаций с профсоюзами, а при ограничении прав персонала консультаций не было.⁴ В большинстве развитых правовых системах необоснованное отклонение от константной практики административного органа воспринимается как отсутствие удовлетворительных мотивов и является основанием для отмены акта.⁵

В связи с “внутренними правилами” как основание для возникновения оправданных законных ожиданий интересным является решение

¹ См. Балтаджиева Р., Тодоров И. Взаимодействие между европейского и болгарского административно право. С.: Сиела, 2008, с. 83.

² См. Решение от 15.07.2015 по делу Socitrel и Companhia Previdente/Комисия, T-413/10 и T-414/10.

³ См. Балтаджиева Р., Тодоров И. Цит.соч., с. 79.

⁴ См. Решение по делу CCSU/Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

⁵ См. Пенчев К., Тодоров И., Ангелов Г., Йорданов Б. Административнопроцесуален кодекс. Коментар. С.: Сиела, 2006, с. 41–42.

Суда ЕС по делу *Louage v. Commission*¹: “И хотя у внутренней инструкции нет характера правовой нормы, она все же содержит в себе правило поведения и указывает на практику, которой будут следовать, от которой администрация не сможет отклониться без мотивировки ...”.

2. Принцип последовательности и предвидимости в практике Конституционного суда (КС) Республики Болгария

Согласно КС, посредством принципа правового государства в статье 4, части 1 Конституции вводятся и производные от него принципы правовой безопасности, предвидимости и стабильности, недопустимость обратного действия правовых норм.² Принцип правового государства требует от законодателя быть последовательным и предвидимым, не допускать создание противоречивой правовой регламентации, также и рассматривать однотипно подобные случаи.³ Многослойное содержание конституционного принципа правового государства сформировано посредством сочитания двух элементов — формального, включающего правовую безопасность, и материального, обхватывающего материальную справедливость.⁴ Законы, которые принимаются, должны гарантировать правовую безопасность, в том числе, полученную согласно закону права со стороны граждан и юридических лиц. При создании законов в правовом государстве законодатель должен искать решения, которые бы учитывали справедливый интерес в рамках конституционной модели, а не инцидентно или под влиянием случайных факторов «вводить ограничения и устанавливать привилегии, также и предоставлять права, чье осуществление невозможно».⁵ “Конституция не содержит запрет обратного действия правовых норм во всех областях права, а он вытекает из верховенства права как конституционного принципа (статья 4, часть 1 Конституции) и приложения к гипотезам..., когда разрушено доверие в правовую систему, правовую безопасность, полученных правах Незамедлительное приложение закона (несущественное обратное действие) совместима с принципом защиты правовой безопасности, когда оно является подходящим и необходимым для того, чтобы была достигнута преследуемая законом цель, и останется в границах разумного принятия при балансе «обманутого доверия» в целом и значимости и срочности на основании законодательных изменений. Конституционный суд считает, что несущественное обратное действие идет вне границы конституционно допустимого только тогда, когда данный выбор за-

¹ См. Решение по делу *Louage/Commission*, 148/73.

² См. РКС № 3/2012 г. по к.д. № 12/2011 г.

³ См. РКС № 4/2013 г. по к.д. № 11/2013 г.

⁴ См. РКС № 3/2020 г. по к.д. № 5/2019 г.

⁵ См. РКС № 1/2005 г. по к.д. № 8/2004 г.; РКС № 6/2013 г. по к.д. № 5/2013 г.

конодателя является неподходящим или не необходим для достижения целей перемены, или если интерес затронутых субъектов важнее, чем основания законодателя совершить перемены. Концепция законных правовых ожиданий проявляется по-разному в различных секторах. Исключительно трудно обосновать законные правовые ожидания в секторах, которые, в принципе, признаны как подлежащие частым проверкам, каким, например, является сектор энергии от возобновляемых источников. То, что делает ожидания оправданными, является их обоснованностью. Они должны основываться на индивидуальной привязке со стороны публичной власти, а не общей законодательной рамке. Ожидание, что закон будет требовать или решать что-то завтра, основано только на факте, что оно требует или решает что-то сегодня, полностью лишено разумных оснований и в данном смысле является нелегитимным.¹

3. Принцип последовательности и предвидимости согласно АПК

Принцип последовательности и предвидимости провозглашен в статье 13 Административно-процессуального кодекса (АПК).² Он проявляется и посредством нормы статьи 8, части 2 АПК, также и посредством гарантий стабильности административных актов (АА) и правил ретроактивных действий, предвиденных в АПК.

3.1. Принцип последовательности и предвидимости согласно 13 статье 13 АПК

Согласно тексту ст. 13 АПК, административный орган должен своевременно публично оглашать *критерии, внутренние правила и установленную практику* при упражнении своей оперативной самостоятельности при применении закона и в достижении его целей.

„Критерии” и “внутренние правила” при упражнении оперативной самостоятельности имеют отношение к ее “регулированию”.³ Регулирование оперативной самостоятельности выражается в определении внутренних границ действия административного органа, но не определения его точного предмета. Правила, которыми будет подчиняться деятельность внутри данных границ, критерии, которые будут применяться органом при реализации права на суждение и выбор, обычно

¹ См. РКС № 5/2017 г. по к.д. № 12/2016 г.

² Принцип закреплен сходным способом в одном специальном законе — Закон ограничения административного регулирования и административного контроля в промышленной деятельности (ЗОАРАКПД) — ст. 6. В ст. 2, ч. 1, т. 6 Закона об администрации (ЗА) законодатель фиксировал его только как “предвидимость администрации”, и не дефинировал его, также не отразил его содержание в остальных нормах.

³ См. *Кьндева-Спиридонова Е.* Административно правосудие. С.: Сиела, 2006, с. 175.

регламентируются соответствующим актом. Он может иметь нормативный или ненормативный характер.

До какой степени норма закона, обеспечивающая оперативную самостоятельность, может конкретизироваться подзаконным нормативным актом?

Так как первичное наделение властью предоставлено законом, конкретизация компетентности в связи с ее изменением может стать посредством изменения закона. Если возможность изменения компетентности прямо предусмотрена в законе, то конкретизация одной относительно определенной ситуационной правовой нормой через альтернативные или факультативные правовые нормы в подзаконном нормативном акте может стеснять оперативную самостоятельность, но не использовать абсолютно определенные правовые нормы, которыми бы преобразовалась законово регламентированная оперативная самостоятельность в связанную компетенцию. Исключением является гипотеза, когда один и тот же административный орган имеет законную компетенцию издать ненормативный АА и издать подзаконный нормативный акт, в котором решается вопрос по изданию ненормативного АА.¹ Когда первоначальное наделение власти осуществляется подзаконным нормативным актом (НА) этого же ранга и вида, может измениться компетенция первоначально наделенных властью субъектов.

Когда “правила” и “критерии” выбора решения фиксированы во *внутреннем, нормативном акте* (обычно акт вышестоящего органа, или самого органа, который упражняет оперативную самостоятельность) возникает вопрос — связывают ли они издавшего их органа? Внутренние правила обычно ограничивают/ стесняют нормативно установленные границы оперативной самостоятельности органа, советуя процедуру, обычно для более эффективного способа для принятия решения. Когда на основании ст.169 АПК суд проверяет не вышел ли орган за рамки оперативной самостоятельности, он должен проконтролировать *по существу* внутренние правила при упражнении оперативной самостоятельности, только если эти правила обладают *нормативным характером*.²

В чем сущность “установленной практики”? Можно указать на нормативные акты, которые регламентируют необходимость / обязательство популяризации или координации “установленной практики”, но обязательство не является синонимом нормативности. Например, исполни-

¹ См. *Зиновиева Д.* Лицензионни административни актове. Лицензии и разрешения за дейности, контролирани от държавата. С.: Сиела, 1998, с. 114.

² Возможность судебной оценки правильности АА по существу представлена в ст. 6, ч. 4 АПК. См. *Панайотова Е.* Основни принципи на изпълнителната дейност по АПК. С.: Сиби, 2018, с. 130–138.

тельный директор Агентства общественных проектов: “...оказывает методическую помощь возложителям через издания общих методических указаний на основе мониторинга и обобщения практики: ...”¹ Статья 246, ч. 1 и 2, 5–7 Закона об общественных проектах (ЗОП) предусматривает, что ввиду *координации контрольных практик*, создание постоянно действующего *экспертного совета* с участием представителей Счетной палаты, Агентства общественных проектов и Агентства государственной финансовой инспекции, который определяет *направления действия закона в связи с контрольной деятельностью* перечисленных институций. Определение направлений, их актуализация или отмена осуществляется по желанию руководителей данных институтов. Направления публикуются на интернет-страницах Агентства общественных проектов, Счетной палаты, Агентства государственной финансовой инспекции.

Статья 13 АПК предусматривает “своевременное” оглашение “установленной практики”, то есть, заранее, перед изданием / исполнением акта/действия/соглашения, как гарантия прав заинтересованного лица. Отсутствие своевременного предварительного оповещения критериев и процедуры в связи с допуском к участию в конкурсе, торгу или рейтингу предложений, являются часто встречаемыми нарушениями ст. 13 АПК.²

Что касается внутренних правил с ненормативным характером³, в теории существует точка зрения, что их нарушение не может рас-

¹ См. Ст. 229, ч. 1, т. 2, б. “а” Закона об общественных претках (ЗОП).

² См. Решение № 4164/2009 г. по адм.д. № 1493/2008 г. IV отд. на Верховного административного суда (ВАС); Решение № 663/2009 г. по адм.д. № 1590/2008 г. на Административен съд (АС) — Бургас, частично отмененное Решением № 3249 от 11.03.2010 по адм.д. № 10670/2009 г., I отд. на ВАС; Решение № 57/2007 г. по адм.д. № 10/2007 г. на АС — Пазарджик.

³ Внутренние служебные акты могут обладать характеристиками АА, но могут и не обладать данными характеристиками. Напр. регламент внутреннего трудового порядка в части, в которой регулируется распределение рабочего времени в предприятии дает, нормативную регламентацию трудовых правоотношений согласно ст. 139, ч. 1 Кодекса труда (КТ). См. *Средкова К.* Трудово право. Обща част. Лекции. С.: УИ “Св. Кл. Охридски”, 2010, с. 108.

Внутренние служебные акты, которые являются АА, могут быть как нормативными, так и ненормативными. Напр. Внутренние служебные АА с нормативным характером являются устройственными регламентами органов согласно ст. 19, ч. 4, т. 1–3 ЗА, которые принимаются Правительством. Для издания данных актов дана законная делегация Правительству — ст. 48, 51, 55 ЗА; предметом регламентации является организация и внутренний порядок деятельности субъектов, которые подчиняются Правительству. Есть и НА, в которых уточнено, что соответствующие внутренние акты не обладают нормативным характером — например, губенатор, утверждает внутренние правила по обороту электронных документов и документов на бумаге, соответствующих специфике и особенностям деятельности муниципальной администрации — см. ст. 7, ч. 1, т. 31 Структурного регламента муниципальных администраций (СРМА).

сматриваться как проявление незаконосообразности, потому что они только интерпретируют (дают толкование) нормам НА и на основе этого предлагают эффективные способы и средства для принятия решения. Это не означает, что они не имеют отношения к судебному контролю. Внутренние правила упражнения оперативной самостоятельности как часть мотивов АА являются предметом контроля со стороны суда.¹ Судебная практика дает другой ответ на поставленный вопрос. В Толковательном решении № 2/2012 г. по т.д. № 2/2011 г. Общее собрание коллегий (ОСК) Верховного административного суда (ВАС) высказалось по вопросу о несоблюдении утвержденной процедуры подбора в гипотезе ст. 106, ч. 1, т.2 Закона о госслужащих (ЗГ), а именно, является ли она основанием для отмены или для прекращения служебного правоотношения? ОСК ВАС восприняло следующую фактическую обстановку: Приказом директора Таможенного агентства утверждена “Процедура о сокращении персонала”. В части III предусмотрены правила сокращения должностей, занятых посредством служебных правоотношений, пусть и Закон о госслужащих не требует подбора при сокращении госслужащих. Данные правила доведены до знания служащих Агенства, их профсоюзов и общественности. На спорные вопросы: каков правовой характер внутренних правил; обязуют ли они издавший их орган и в какой степени; каковы последствия их несоблюдений, ОСК ВАС дало следующие ответы: ” ... *Внутренние правила ограничивают нормативно установленные границы оперативной самостоятельности органа по назначению*”. Таким образом, одобренная процедура становится частью производства по изданию приказа. Соблюдение одобренной процедуры в рамках оперативной самостоятельности компетенции органа, пусть и непредвиденной в специальном законе, является условием для законности конечного акта. В данном смысле является и текст ст. 13 АПК. В производстве по проверке законности приказа о прекращении служебного правоотношения проверяется единственно *соблюдении правил процедуры*, а не правильность оценки, данной при ее проведении. В этом контексте может быть про-

О том, что нормативный АА может быть одновременно и внутренним служебным, АА см. Определение № 7798/2007 г. по адм.д. № 6509/2007 г., VI отд. на ВАС; Решение № 10567/2012 г. по адм.д. № 14419/2011 г., V отд. на ВАС; Решение № 79/2009 г. по адм.д. № 705/2008 г. АС-Стара Загора.

Согласно ст. 2, ч. 2, т. 3 АПК, вне сферы применения все процедуры по кодексу являются внутренними служебными актами (нормативными и ненормативными), которые обладают учредительным характером и чьи адресаты обладают качеством органа или организации, подчиненные органу, издавшим акт. Данные акты, исключенные АПК попадут под его режим (издание, обжалование и исполнение), если они оказывают воздействие на права, свободы и законные интересы граждан или ЮЛ. См. ст. 2, ч. 2, т. 3 in fine АПК.

¹ См. *Къндева-Спиридонова Е.* Административно правосъдие. Цит. съч., с. 176.

ведена аналогия с нормой ст. 107, ч. 2 Закона о госслужащих, согласно которой, орган по назначению может прекратить служебное правоотношение без предызвестия с госслужащим, получивший возможно самую низкую общую оценку при аттестации, в одномесячном сроке от получения окончательной оценки. В этой гипотезе проверяется только соблюдение правил процедуры по аттестации, которая регулируется Постановлением об условиях и порядке аттестации служащих в госадминистрации, но не проверяется поставленная оценка при аттестации. Пренебрежение правил порочит приказ, изданный в их нарушение, так как правила являются гарантией соблюдения принципов равенства, публичности и прозрачности, беспристрастности, последовательности и предвидимости в административном процессе. Административный акт, изданный при игнорировании процедурных требований, является актом, изданным в нарушении со ст. 8, ч. 2, ст. 12 и ст. 13 АПК.”¹

С выводом ОСК ВАС, что изданный приказ является незаконным, можно согласиться, но используя другую аргументацию. В указанной гипотезе речь идет о соблюдении нормативно закрепленного основного принципа осуществлении исполнительской деятельности, чье соблюдение суд в праве контролировать. Соблюдение принципа, содержащийся в ст. 13 АПК, предполагает проверку о: своевременном оглашении внутренних правил с ненормативным характером; наличие подробной обосновки/ мотивов, об отклонении от предписанного в них административным органом. Внутренние правила действительно ограничивают/ стесняют нормативно установленные границы оперативной самостоятельности органа по назначению, рекомендуя процедуру, как правило для более эффективного способа принятия решения. Ввиду их нормативного характера, процедура, которую они регламентируют, не становится нормативной частью производства по изданию приказа. Когда на основании ст. 169 АПК суд проверяет не вышел ли орган за рамки своей оперативной самостоятельности, он должен проконтролировать по существу внутренние правила при упражнении оперативной самостоятельности, только в случае, если данные правила обладают нормативным характером, в Толковательном решении в качестве примера приводится Постановление об условиях и порядке аттестации служащих в госадминистрации. В данной гипотезе не следует проверять соблюдение правил процедуры по существу, потому что она обладает ненормативным характером, а огласил ли орган своевременно внутренние правила, частью которых является

¹ В данном смысле также и Решение № 12024/2011 г. по адм.д. № 13246/2010 г., V отд. ВАС; Решение № 9449/2011 г. по адм.д. № 3548/2011 г., V отд. ВАС; Решение № 11513/2011 г. по адм.д. № 505/2011 г., V отд. ВАС; Решение № 10974/2011 г. по адм.д. № 11494/2010 г., V отд. ВАС.

и сама процедура, и есть ли аргументация/ мотивировка, если данная процедура не взята им во внимание.

В доктрине поддерживается мнение, что ст. 13 АПК воспроизводит частично воспринятый правом Европейского союза (ЕС) принцип последовательности и предвидимости. Частично, потому что годными произвести оправданные правовые ожидания, согласно кодексу, являющаяся только “критерии”, “установленная практика” и “внутренние правила” при упражнении *оперативной самостоятельности* административным органом. Для преодоления данного “недостатка” сделано предложение в предметном обхвате ст. 13 АПК, а именно включить посредством новой нормы обязательство административного органа, *применивший* НА или *издавший* нормативный АА, истолковать его, когда заинтересованный правовой субъект пожелает этого.¹

Данное предложение не поддерживается судебной практикой. Так, в Определении № 9283/2007 г. тричленный состав ВАС при толковании ст. 10, ч. 1 в связи со ст. 3, ч. 1, т. 1 Закона о Национальном агентстве по доходам (ЗНАД) доходит до заключения, что НАД *не связана собственными толкованиями законов, которые оно не должна была делать*, когда заинтересованные лица пожелали этого. Так как толкование положений Закона о налоге на добавленную стоимость (ЗНДС), содержащееся в мнении НАД, не принадлежит издателю НА, следуя от обратного от ст. 15, ч. 1 Закона о нормативных актах (ЗНА), не является обязательным. Принятая позиция в указанном Определении не является приемлемой, ибо предполагает различное толкование компетентным органом одной и той же нормы по схожим случаям, что является нарушением принципа правовой безопасности.

Что касается аутентичного толкования общих правовых норм, следует обратить внимание на факт, что нормы, при помощи которых толкуются другие нормы, относятся к такому же виду, как толковательные нормы. То есть, при аутентичном толковании речь не идет о “внутренних правилах” или “установленной практике”, какими являются гипотезы ст. 13 АПЛ, а речь идет об источнике права.

3.2. Принцип последовательности и предвидимости согласно ст. 8, ч. 2 АПК

В ст. 8, ч. 2 АПК объявлена обязующая административный орган сила прецедента, когда он действует в условиях оперативной самостоятельности. Логично, что ст. 8, ч. 2 не охватывает случаи третирования в гипотезах связанной компетенции органа, когда по причине недостаточной ясности приложимая правовая норма толкуется по разному

¹ См. *Славова М., Петров В.* Административнопроцесуалният кодекс. Критичен преглед на съдебната практика. Коментар и предложения за усъвършенстване на уредбата. С.: Фенея, 2014, с. 38–40.

в схожих случаях, что создает предпосылки субъективного приложения и произвола, и является нарушением принципа последовательности и предвидимости.

Ст. 8, ч. 2 АПК является опытом защиты при издании различных по результатам АА, но в общем по одинаковым юридическим фактам в условиях оперативной самостоятельности. Данный опыт не является успешным, так как для придания обязательного характера прецеденту в данных гипотезах, означает введение критериев по ее ограничению способом, который ставит под вопрос возможность конкретной оценки в соответствующем случае, то есть на практике доходит до устранения самой оперативной самостоятельности. В доктрине указаны и ряд практических проблем при применении прецедента.¹ Согласно каким практическим критериям контролирующий орган будет в состоянии сделать объективную оценку о том, какое предыдущее решение по схожему случаю является самым правильным, для того, чтобы использовать его в качестве образца? Всегда ли более старые решения являются лучше, для того, чтобы их постоянно использовать? При этом прецеденты в деятельности отдельных административных органов могут быть различными. Следовательно, прецедент оказывается действительным только для конкретного органа.

3.3. Принцип последовательности и предвидимости, и стабильности АА

Стабильность отдельных видов АА гарантирована в нужной степени нормами АПК.

Ненормативные АА, которые пользуются формальной законной силой² получают качество стабильных (окончательных) АА и подлежат исполнению³. Конечные ненормативные АА не могут быть отозваны, отменены или изменены вышестоящим административным органом или их автором, кроме, в указанных в правовой норме слу-

¹ См. *Къндева-Спириконова Е.* Административно правосъдие. Цит.съч., с. 183.

² Формальная законная сила означает, что административный акт необжалуем путем обычных средств. См. *Стайнов П.* Административните актове в правната система на Народна Република България. С.: БАН, 1952, с. 221. На основании текста ст. 90, ч.1 АПК выводится правило, что ненормативный “АА по АПК” вступает в силу по истечению сроков его оспаривания как в административном, так и в судебном порядке, а при подаче жалобы или протеста — после решения спора. С этого момента АА становится окончательным, вступает в силу и подлежит исполнению.

³ Вступление в силу и исполнение, как правило, имеют один и тот же начальный момент. Исключение — предварительное исполнение — гипотезы, урегулированные в ст. 90, ч. 2 о фазе административного обжалования, и ст. 166 — фаза судебного обжалования. При предварительном исполнении акт не является окончательным и вступил в формальную законоую силу. С сообщением об изданном АА финализируется производство по его изданию. Дата сообщения является и датой вступления в формальную законную силу при АА, не подлежащих обжалованию.

чаях и в указанном порядке.¹ Урегулированное в АПК *право на отзыв* в фазе административного и судебного оспаривания не находится в нарушении формальной законной силы — оно возможно, только потому что АА все еще не в конечном виде. То есть, формальная законная сила не наступает после окончания административного обжалования, а только после того, как акт не подлежит обжалованию в судебном порядке и то обычными средствами. Отозванный акт может быть издан повторно только при наличии новых обстоятельств.² Перед тем, как истекает срок для обжалования в административном порядке, административный орган может устранить допущенные пропуски в акте. О внесенных изменениях необходимо сообщить заинтересованным лицам. Решение о дополнении подлежит обжалованию в предвиденном в АПК порядке³.

В отношении стабильности нормативных АА приложим режим, предвиденный в ЗНА о подзаконовых НА⁴. Изменение, отмена или дополнение нормативного АА может быть результатом от принятия НА — закона или подзаконового НА.

При изменении закона, акт по его приложению теряет полностью или частично свою силу одновременно с полной или частичной отменой закона, согласно объему аннулирования.⁵ Данное последствие обусловлено связью между двумя актами. В соответствии со ст. 13, ч. 2 ЗНА и ст. 79 АПК в отменяющем, изменяющем и дополняющем НА должна быть норма, которая бы указывала на правовое действие, которое следует осуществить. Отсутствие правила, отменяющее норму НА по существу означает продолжение ее действия.⁶ Юридико-технически, когда НА заменяется новым, правила по его отмене, как и правила по отмене, изменении и дополнении других НА включено в заключительных правилах нового акта.⁷ Новый закон может рас-

¹ См. ст. 99 АПК.

² См. ст. 156, ч. 1–3 АПК.

³ См. ст. 62, ч. 1 АПК.

⁴ Субсидиарное приложение ЗНА для неурегулированных вопросов в производстве по изданию нормативных АА, предвидено в ст. 80 АПК. АПК не ссылается и на УПЗНА, но когда Указ конкретизирует, детализирует, доизясняет правила закона, он не является обязательным для соблюдения. До тех пор, пока посредством Указа регулируются отношения, которые не урегулированы в ЗНА, пусть соответствующие тексты находятся в синхроне с целью и смыслом закона и не противоречат ему, то их нарушение не будет рефлкртировать на законность нормативного АА. Об Указах Госсовета см. *Сласов Б.* Правни актове на Държавния съвет. С., 1986.

⁵ См. ст. 13, ч. 1 ЗНА

⁶ См. Решение № 2665/2002 г. по адм. д. № 9765/2001 г., I отд. ВАС; Решение № 10481/2001 г. по адм. д. № 5396/2001 г., I отд. ВАС.

⁷ См. ст. 35, ч. 2 Указа о приложении закона нормативных актах (УПЗНА).

порядиться таким образом, чтобы временно действовали все или некоторые правила акта по приложению отмененного закона, если они совместимы с правилами нового закона.¹

Изменения посредством подзаконного НА осуществляются всегда НА той же степени. Недопустимо, чтобы НА более высоким рангом был изменен или дополнен НА более низким рангом.² Как правило, АА изменяетсям дополняется или отменяется органом, уполномоченный его изданием и актом данного вида — регламент изменяется регламентом, постановление — постановлением и т.д. Правительство издает постановления, также и когда изменяет, дополняет или отменяет изданные им регламенты или постановления. Они являются отдельным видом нормативного АА. Норма в разрешении, которой издается регламент или постановление, не обладает самостоятельным правовым значением и не нуждается в прямой отмене. Но в так как постановление об издании регламента или разрешения может включать и другие правила, оно получает характер самостоятельного акта и в данной своей части изменяется, дополняется и отменяется как каждый нормативный АА, а также подлежит и судебному обжалованию.³ Согласно ст. 82, ч. 1, т. 2 АПК, не подлежат отмене по предвиденному в кодексе административному порядку подзаконные нормативные акты Правительства, министров у руководителей других ведомств и органов, подчиненных непосредственно Правительству. Согласно компетенции, предвиденной в ст. 107 Конституции, Правительство может отменять незаконные и неправильные акты министров и руководителей ведомств без ранга министерства, созданных им, и данный контроль является неформальным.⁴

Автор нормативного АА терпит все известные ограничения полномочий его изменять, дополнять или отменять. В ст. 12 ЗНА предусмотрено, что акт по применению закона может решать вопросы из той области, в которой он будет издан. Согласно ст. 10 ЗНА общественные отношения одной и той же области регулируются одним, а не несколькими НА одной и той же степени. Общественные отношения из области, в которой есть изданный НА, регулируются его дополнением или изменением, а не отдельным актом той же степени. В своей практике ВАС поддерживает тезис, что ст. 10 ЗНА имеет значение только требуемой правовой техники, но не требование, которое суд

¹ См. ст. 13, ч. 2 ЗНА

² См. Решение № 3004/2004 г. по адм.д. № 835/2004 г. 5-членный состав ВАС; Решение № 10145/2005 г. по адм.д. № 7574/2005 г., 5-членный состав ВАС.

³ См. *Еленков А., Ангелов А., Дюлгеров А., Дишева А., Панов Л., Казанджиева М., Янкулова С., Николова Т., Ковачева Ю.* Систематичен коментар. Проблеми на право-прилагането. Анализ на съдебната практика. С.: ИК “Труд и право”, 2013. 702–703.

⁴ См. РКС № 5/1995 г. по к. д. № 3/1994 г.

проверяет, оценивая законность нормативного АА.¹ Не считается дублированием в решении вопросов в одной и той же области ошибка в систематическом месте конкретных правовых норм, с точки зрения предмета регулируемых ими отношений.²

Отмена действующего и его замена новым НА допустима при кумуляции двух предпосылок, предвиденных в ст. 11, ч. 1 ЗНА — многочисленные перемены, важные изменения в законодательстве. Согласно КС (Конституционному суду)³, данные требования ценят качество нормативного процесса, поэтому их строгое соблюдение не следует абсолютизировать в степени требований конституционности закона и условий действительности подзаконового НА.⁴ Для актов, которыми осуществляется отмена, изменение или дополнение нормативного АА, является обязательное соблюдение как процессуального порядка⁵, так и условий действительного действия, предусмотренное в АПК и ЗНА для данного вида нормативного АА. Исключение из общих правил предусмотрено в ст. 75, ч. 4 АПК — нет необходимости указывать правовое основание для издания нормативного АА, которым изменяется, отменяется или дополняется другой нормативный АА. Отмена нормативного АА его автором имеет действие на будущее с момента вступления в силу нормативного АА, которой она осуществлена. Когда нормативный АА отменен его автором при наличии висящего спора по поводу его ничтожности, ВАС обоснованно придерживается тезису, что обжалование не лишено предмета. Аргументы в пользу этого: “Отмена нормативного АА его автором действует на будущее с момента вступления в силу нормативного АА, которым она осуществлена. Провозглашение ничтожности акта имеет обратное действие, то есть, с момента его издания. Следовательно, отмена нормативного АА органом, который его издал, не предотвращает нежелательные правовые последствия от его приложения до момента его отмены. Другими словами, последствия отмены нормативного АА его автором не равнозначны последствиям от провозглашения его ничтожности. Вот почему факт, что к моменту решения первоинстанционного суда издание и обнародование нового нормативного АА, регулирующей эти

¹ См. Решение № 8271/2004 г. по адм.д. № 1989/2004 г. ВАС.

² См. Решение № 8719/2008 г. по адм.д. № 6178/2008 г., VII отд. ВАС.

³ См. РКС № 14/2001 г. по к.д. № 7/2001 г.

⁴ Административные суды ссылаются на отсутствие одного из требований для издания нового заменяющего акта вместе с остальными основаниями для отмены, и крайне редко отменяют нормативный административный акт единственно и целиком из-за нарушений ст. 11, ч. 1 ЗНА. См. Решение № 7484/2010 г. по адм.д. № 280/2010 г., I отд. ВАС; Решение № 5812/2003 г. по адм.д. № 2466/2003 г., 5-членного состава ВАС.

⁵ См. Решение № 10519/2007 г. по адм.д. № 2586/2007 г., III отд. ВАС.

же общественные отношения и отменяющий оспариваемый АА, ...не лишает конкретный правовой спор предмета и не исключает наличие правового интереса адресатов оспариваемого нормативного АА ввиду объявления его ничтожности.⁴¹ Наличие висящего спора по поводу законности правил нормативного АА не припятствует возможности в нем делать изменения и дополнения или, чтобы акт был отменен его автором.²

3.4. Принцип последовательности и предвидимости обратного действия АА

В отношении обратного действия АА следует отметить, что индивидуальный АА может иметь обратное действие только, если закон допускает это.¹ Нормативные АА действуют только с момента вступления в силу, а если он определяется согласно общих правил для всех НА, указанных в ст. 5, ч. 5 Конституции, и уточнены в ст. 41 ЗНА. У правила, что НА после его издания действуют на будущее, есть исключение. Обратное действие у любого НА⁴ может быть определено только написанным правилом в самом НА. Для подзаконовых НА предвидено дополнительное условие — данное правило об обратном действии должно содержаться кроме в нем самом, также и в акте, на основе которого он издан с обратным действием. Не может быть дано обратное действие правилам, которые содержат санкции, если только они не легче, чем отмененные.⁵

Анализ правовых правил, регулирующие принцип последовательности и предвидимости в АПК, позволяет сделать вывод, что болгарский законодатель отстаивает значимость данного принципа, распространяя его приложение посредством Кодекса в отношении всех форм исполнительской деятельности и, гарантируя ее через воплощение его содержания в отдельных общих производствах, в которых данная деятельность осуществляется.

¹ См. Решение № 6331/2013 г. по адм.д. № 3229/2013 г., 5-членный состав ВАС.

² См. Решение № 9576/2011 г. по адм.д. № 1963/2011 г., отд. III ВАС.

³ См. *Пенчев К., Тодоров И., Ангелов Г., Йорданов Б.* Цит. съч., с. 25.

⁴ Некоторые авторы считают, что под НА в ст. 14, ч. 1 подразумеваются только законы. См. *Канатова-Бучкова В.* Нормативният административен акт. Асеновград: Екобелан, 2006, с. 98. По поводу вопросов об обратном действии см. особенно РКС № 22/1995 г. по к.д. № 25/1995 г. и РКС № 3/2020 г. по к. д. № 5/2019 г.

⁵ См. ст. 14 ЗНА.

Михаил Матеев

*главный ассистент кафедры Теории и истории государства и права
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Исторические и современные аспекты судебного и альтернативного урегулирования споров

Революции в Европе в конце XVIII и первой половине XIX в. дали волю общественным стремлениям к разрушению всего старого и его замене чем-то новым и лучшим. Радикальные преобразования проводятся во всех областях жизни общества: от организации государственной власти, гражданских прав и судов — до календаря и летоисчисления. Революционный порыв и желание незамедлительных перемен не дают особых возможностей критическому осмыслению исторического опыта и извлечению рационального из него. Наспех проводятся попытки внедрения хорошо звучащих для масс идей, оказывающихся часто утопическими, предпринимаются попытки механического копирования и адаптирования институциональных моделей соседних государств, причем оказывается, что копия не так уж хорошо работает, как оригинал. Результаты революционных преобразований часто не оправдывают ожиданий, а иногда оказываются диаметрально противоположными им. Это неизбежно приводит к бесконечным реформам реформ, проводимых тем же способом проб и ошибок.

Типичным примером этих революционных процессов являются изменения в судебной системе. Однако, надежды на то, что для построения общества, в котором будут господствовать «равенство и братство и свобода», достаточно передать суверенитет монархов народу в форме республиканского государственного управления, принять новые законы, одинаковые для всех, и применять эти законы новыми, всенародно избранными судами, оказались во многом несбыточными. Действительно, новые и образцовые для своего времени гражданский, уголовный и процессуальный кодексы сделали серьезный шаг к совершенствованию европейского позитивного права, но в то же время они не лишены недостатков, присущих и законам древности.

Новая единая система судов первой, апелляционной и верховной инстанций также оптимизировала отправление правосудия по сравнению со сложной феодальной судебной системой и стала образцом для подражания для всех европейских стран — от Испании и Португалии на западе до Российской и Османской империй на Востоке. Но во всех странах, где были введены эти новые суды, практика вскоре выявила те же фундаментальные недостатки организованного таким образом государственного правосудия, начали накапливаться примеры

недоступности правосудия, формализма, несправедливых решений, коррупции и т.п.

Государственное правосудие основывается на презумпции, что все, что соответствует правовым нормам, справедливо и полезно для общества в целом. Эта концепция была заложена с древних времен — Аристотель заключает, что «все законное справедливо в какой-то мере»¹, что «справедливым является то, что законно»². Позже, это понимание разделялось Публием Ювенцием Цельсом в максиме *Ius est ars boni et aequi* и стало основополагающим принципом *Corpus Iuris Civilis* Юстиниана (D.1.1.1.pr.)³. Отдельным вопросом является, следует ли толковать слова Цельса как суждение о действительном или желательном состоянии закона, но уже в первом веке нашей эры, в Риме, «*auctoritas iuris*» (власть права) стала восприниматься как фундамент порядка и государственности⁴.

Дело в том, что в отличие от обычаев и морали, нормы которых создаются самим обществом — в результате многолетней практики и понимания многих поколений о добре, праве и справедливости, изданный государством закон, отражает взгляды на добро и справедливость не всего общества, а только отдельной его части — правящей государством элиты. Более того, правящая элита через государство присваивает себе право: определять законодательством, созданном этой же элитой от имени государства, что есть хорошо, правильно и справедливо; санкционировать отклонения от нормативно предписанного; применять все средства и силу государственного принуждения, чтобы заставить отдельных членов общества привести свои отношения в соответствие с моделью, предусмотренной законом.

С одной стороны, этот подход имеет ряд преимуществ — он обеспечивает соблюдение обществом относительно единых стабильных критериев (какими являются правовые нормы) и возможность поддерживать устойчивый общественный порядок и относительный баланс интересов разных социальных групп. Писаное право (*Ius Scriptum*) обеспечивает возможность унифицировать нормативную систему в государственно-организованном обществе, оперативно регулировать возникающие общественные отношения, более эффективное и единообразное выполнение нормативных положений на всей территории соответствующего государства и всеми его гражданами, независимо

¹ *Аристотель*. Никомахова этика. С.: ГАЛ-ИКО, 1993. кн.V, гл. I, 12

² Там же, кн. V, гл. I, 8.

³ Les douze livres du code de l'empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français par P.-A. Tissot. Metz: Behmer, 1807. С. 42

⁴ *Новкиришка-Стоянова Малина*. *Ius est ars ?* (Някои размисли за правото като изкуство или изкусно занятие и за неговото изучаване), в сб. 25 години Департамент “Право” НБУ, София: НБУ, 2016. С. 22

от их религии и этнического происхождения и соответствующих этому религиозных и обычных норм. В ходе тысячелетней эволюции государства как формы социальной организации, верховенство закона (писаного права), законность становятся фундаментальными функциональными принципами государства, а государственно-организованное правосудие — основным средством поддержания верховенства закона.

Однако, не следует переоценивать преимущества писаного права и организованного государством правосудия, тем более не следует опускать весь ряд существенных недостатков, присущих системе законодательного регулирования и государственного правосудия. Справедливый закон и суд — это не более чем иллюзорные надежды общества, мыслителей и политиков эпохи буржуазных революций. Воодушевленные идеями Просвещения, европейские страны в XIX веке устроили настоящее соревнование по созданию нового образцового законодательства, составлявшего в их представлениях основу новых демократических государств. Повсеместно было заново открыто римское частное право, созданы впечатляющие гражданские, уголовные, коммерческие и процессуальные кодификации, распространившиеся разных странах по всему миру либо с некоторыми изменениями, либо в дословном переводе. Но очень скоро практика показала, что вновь созданные законы и суды не могут стать панацеей от социальных конфликтов и обеспечить общее согласие и социальную стабильность. Даже в демократических государствах законотворчество, правоприменение и отправление правосудия не смогли вызвать у большинства людей чувство справедливости и правильности установленного правового порядка и оказались не вполне способными решить множество возникающих общественных проблем. Достаточно присмотреться к истории Болгарского государства XX в., чтобы заметить высокую степень недоверия к судам, независимо от того, «царские» они, «социалистические» или «демократические». Подобным является отношение болгарского общества к реституции и приватизации после 1991 года, воспринимаемые почти всеми как несправедливые и неправильные, несмотря на их формальную законность.

Независимо от степени убедительности идеологического обоснования тезиса, что закон является выражением общего согласия граждан во имя общественного развития и процветания, независимо от степени реального участия народа в управлении государством и форм прямой или представительной демократии, писаное право всегда оставалось продуктом субъективного опыта, концепций, убеждений, интересов и предположений довольно ограниченного круга людей.

Кабинетное моделирование социальных отношений, закрепленное в нормах закона и применяемое на практике, часто не выдерживает проверки временем и требует последующих изменений, дополнений, отмены и введение новых правил. Это создает предпосылки для на-

рушения стабильности нормативной системы и, что еще важнее, разделяет общество, создает ощущение несправедливости и неправильности закона в определенных, иногда значимых, частях общества. В отличие от норм обычая, нормы писаного закона не являются и не могут восприниматься людьми как общепринятые и подлежащие безапелляционному исполнению. Это неизбежно побуждает стремление многих уклониться от положений закона — либо через его субъективное толкование и практическую адаптацию к сложившимся обычаям, морали и ценностям в обществе, либо через очевидное несоблюдение и нарушение правил. В свою очередь, это приводит к увеличению количества споров и конфликтов между отдельными гражданами, и все чаще они начинают обращаться за помощью к правоохранительным и судебным органам государства.

Последовательно и прочно установленная государственная монополия на правосудие также имеет свои недостатки, особенно в правовых и судебных системах континентальной Европы, где суд обязан строго следовать положениям закона, даже и в тех случаях, когда их применение в конкретном случае приведет к явно неправильному и несправедливому решению. В отличие от судов общего права (Великобритания, США и т. д.), имеющих возможность прибегнуть к прецедентному решению, чтобы исправить несоответствие действующей правовой нормы к конкретному случаю и даже признать неконституционным сам закон или его отдельные положения¹, суды в континентальной Европе, в т.ч. и в нашей стране, обязаны строго применять положения закона, даже если приходят к убеждению, что приложение в конкретном случае данного положения противоречит общепринятым правовым принципам, справедливости и здравой логике жизни². В таких случаях, единственным выходом из ситуации (при наличии желания соответствующих судей) является право суда толковать положения закона, дающее иногда очень ограниченную, негласную возможность подкорректировать норму закона и избежать явно несправедливого, по существу неправильного, но строго соответствующего закону судебного акта.

Любимая сентенция континентальных юристов *Dura lex sed lex* превратилась в универсальное оправдание любых законодательных недомыслий и очевидно ошибочных решений, которых несмотря на это приходится имплементировать в жизнь общества. В то же время, не уделяется должного внимания другой римской максиме — *Summum*

¹ В США — т. наз. *Judicial review*. См. Section 25 of the Judiciary Act 1789

² Напр. Ст. 117, ч. 2, предл.2 Конституции Республики Болгарии: “При осуществлении своих функций судьи, судебные заседатели, прокуроры и следователи подчиняются единственно закону”, Ст. 3 Закона о судебной власти: “Ст. 3. При постановлении своих актов судьи, прокуроры и следователи исходят из положений закона и собранных по делу доказательств.”

ius summa iniuria, обращающей внимание на опасности буквального и формального приложения закона и необходимость его интерпретации с учетом цели законодателя и особенностей конкретных обстоятельств, к которым следует применить норму закона, как и необходимость наличия в правосудии “официальных путей, по которым то, что сегодня мы бы назвали ценностью справедливости” смогло бы практически вводиться в систему права¹.

В континентальной европейской правовой системе (Романо-германской) при ее формировании в эпоху Позднего средневековья и Нового времени существует своего рода историко-правовой парадокс. Несмотря на то, что в пост-феодальном европейском праве последовательно и комплексно реципировались принципы, логические конструкции и правовые институты римского частного права, в нем отсутствует рецепция публично-правовых норм и принципов относительно техники нормотворчества и правоприменения римлян, и в частности возможность магистрата приспособить к конкретному казусу, изменить положение закона, а при необходимости и отменить его практически, в случаях, когда применение определенной правовой нормы в конкретном деле привело бы к заведомо несправедливому и неправильному решению суда².

Более того, в своем дальнейшем развитии континентальная европейская правовая система отказывается от христианских, фундаментальных для современной европейской цивилизации, концепций обеспечения гармонии в обществе и разрешения возникающих споров — от модели церковного суда. Возможно, это обусловлено многовековой борьбой за верховенство между светской и духовной властью, между королями и папами, императорами и патриархами, неизбежным следствием которой стало и противопоставление светского и церковного суда. Сосредотачиваясь на критике несовершенстве системы доказательств и архаичных формах процедуры церковного суда, создатели нового буржуазного судопроизводства и судопроизводства, сознательно или нет, пренебрегают рядом рациональных элементов в нем. Буржуазная и социалистическая революции с энтузиазмом провозгласили «отделение церкви от государства», ознаменовав окончательную победу светского над духовным. В сознании победившего «гражданского общества» церковное судопроизводство было квали-

¹ Кели Дж. М. (*Kelly J. M.*). Кратка история на западната теория на правото. София: изд. Рива, 1998. С. 48.

² С характерным для римлян прагматизмом, они наделяют претора функцией исправления и дополнения правовых норм, созданных законодательством (так называемым *Ius Civile* — *leges, plebis scita, senatus consulta, constitutiones*), но не только в качестве *ad hoc* решений конкретных казусов, а в виде общих норм, закрепленных в преторских эдиктах, образующих параллельную нормативную систему — так называемое Преторское право (*Ius honorum, ius praetorium*).

фицировано как иррациональное и примитивное (ставя в пример Ордалии (суд Божий) или жестокие инквизиторские пытки с целью добиться признания обвиняемого). Глубокий смысл церковного суда и ряд его вполне рациональных элементов и по сей день остаются предметом познания лишь очень узкого круга богословов.

Основы христианского правосудия и церковного суда заложены в Учении Спасителя и Апостолов и записаны в Священных Писаниях Нового Завета. Евангельское учение прощающей любви не только к христианским братьям и соседям, но даже к врагам, обязывает христианина прощать нанесенное ему оскорбление.¹ “Кто ударит тебя в правую щеку твою, обрати к нему и другую; и кто захочет судиться с тобою и взять у тебя рубашку, отдай ему и верхнюю одежду”². При этом простить обиду не означает, что совершенный грех не разоблачается и не осуждается: “Если же согрешит против тебя брат твой, пойди и обличи его между тобою и им одним; если послушает тебя, то приобрел ты брата твоего; если же не послушает, возьми с собою еще одного или двух, дабы устами двух или трех свидетелей подтвердилось всякое слово; если же не послушает их, скажи церкви; а если и церкви не послушает, то да будет он тебе, как язычник и мытарь.”³ Но это осуждение оскорбления не направлено ни на месть, ни на возмездие, оно, прежде всего, направлен на то, чтобы побудить к покаянию совершившего грех против брата своего, и после прощения потерпевшего восстановить братское общение.

Следуя заветам Спасителя, христианская церковь создает новую концепцию осуждения, которая подчеркивает не внешнее принуждение преступившего правила поведения, а содействие его внутреннему осознанию греховности своего поведения. Каноническое право вводит особое разделение суда, неизвестное другим религиозным и светским правовым системам, — разделение на внутренний суд (*forum internum*) и внешний суд (*forum externum*). Основой и опорой внутреннего суда являются нормы христианской морали, данные человеку Богом через закон Евангелия. Своим учением и таинствами христианская церковь обучает, исправляет и просвещает ум верующего в решении основных нравственных проблем.⁴ Внутренний суд — это суд совести, его суть —

¹ Библия, сиречь книгите на Свещеното писание на Ветхия и Новия завет. София: Св. Синод на Българската църква, 1991. Евангелие от Матфея. XVIII.21–22: “Тогда Петр приступил к Нему и сказал: Господи! сколько раз прощать брату моему, согрешающему против меня? До семи ли раз? Иисус говорит ему: не говорю тебе до семи, но до седмижды семидесяти раз.” (стр.1216).

² Ibidem: Евангелие от Матфея. V. 39–40. С. 1200.

³ Ibidem: Евангелие от Матфея. XVIII.15–17. С. 1216.

⁴ *Заозерский Н. А.* Церковный суд в первые века христианства (Историко-каноническое исследование). Кострома: Типография Андроникова. 1878. С. 3.

осознание, признание совершенного греха и покаяние — либо лично перед пострадавшим, либо перед братьями религиозной общины, либо перед священником посредством христианского таинства покаяния (Исповедь). Этому суду не нужны обвинители, сложные формальные процедуры и доказательства. Обвинителем является совесть согрешившего, а священник, принимающий исповедь, играет роль свидетеля покаяния, помощника совести кающегося и его заступника перед Богом, который единственный имеет власть судить.

Внутренний суд принципиально отличается от внешнего суда, в котором согрешивший поставлен в положение обвиняемого, что запускает инстинкт самосохранения и защиты от враждебного внешнего нападения на его обвинителей. Он, в роли обвиняемого, склонен признать свой поступок только тогда, когда всеми доказательствами удастся сломить его внутреннее сопротивление, он — обвиняемый, который воспринимает даже самый справедливый приговор как проигранную гонку с неблагоприятными последствиями для его будущего. Внутренний суд гораздо глубже разрешает конфликтную ситуацию, поскольку снимает не только обиду и упреки оскорбленных братьев и общины, но и внутренние душевные муки, которые присущи не только христианину, но и каждому разумному человеку. Следствием покаяния является прощение, которое будет получено от пострадавшего, христианской общины и Бога, возвращение братской любви и гармонии с обществом. Даже когда исповеданный грех достаточно серьезен, и за него следует наложить наказание, церковная санкция не имеет характера наказания внешнего суда, направленного на возмездие и принуждение, но представляет собой средство нравственного очищения, которое подлежит добровольному исполнению и целью которой является добиться морального искупления за совершенный грех.

Важным рациональным аспектом внутреннего церковного суда является его перманентность — это постоянная обязанность христианина, которую необходимо выполнять периодически и регулярно, а не только в случаях достаточно острого конфликта или выявленного существенного нарушения закона, дающего достаточную мотивацию пострадавшему и обществу поднять и поддержать обвинение в судебном процессе. Он имеет гораздо более эффективный превентивный эффект, создавая предпосылки для предотвращения накопления ошибок, формирования и закрепления преступного поведения.

Внешний церковный суд во многом напоминает известный нам светский государственный суд. Подобно последнему, он также различает участников судебного разбирательства: состав суда, обвиняемый, прокурор, свидетели, следует процессуальным формам, использует определенные доказательства, способы и средства доказывания, устанавливает фактическую ситуацию, делает юридическую квалификацию и принимает решение о применении указанных в соответствующую

шей норме наказаний. Однако, в отличие от светского суда, внешний церковный суд является не основным, а субсидиарным средством разрешения спора — он проводится только тогда, когда по тем или иным причинам братский внутренний суд не достигает результата (нет добровольного раскаяния в признании, ни покаяние после упрёка, сделанного обиженным наедине или в присутствии свидетелей, ни обращение к посредничеству священника). Но даже если будет вынесен епископский и соборный приговор, христианская доктрина снова требует, чтобы перед началом процесса суд трижды увещевал подсудимого, чтобы побудить его к добровольному покаянию и исповеданию совершенного греха¹.

Приоритет покаяния, прощения и примирения в церковном суде сохраняется в каноническом праве и по сей день, независимо от последующих изменений и дополнений и конфессиональных различий.²

В ходе буржуазных революций в Европе, христианские идеалы Царства Божьего, всеобщей любви и гармонии между Богом, природой и человеком заменяются идеями гуманизма, индивидуализма и сверх ценности личности, правами человека и постоянной борьбой за эти права. Права человека закреплены в Конституциях и законах, и защищаются государством в лице новой и сохранившейся по сей день системой судов.

Среди многих преобразований в системе права, судоустройства и судопроизводства, последовавших за французской буржуазной революцией 1789 года, следует отметить одно нововведение в судебной системе и отправлении правосудия, а именно институт мирового суда и мирного правосудия. В сравнении с церковным судом, можно увидеть, что он в значительной степени принимает основные принципы последнего, но мы считаем, что это не является результатом какой-либо сознательной и целенаправленной рецепции. Исторические факты дают основание предполагать, что возникновение этого института было скорее всего спонтанной реализацией революционных идей, возникших в результате отрицания старых церковных и феодальных судов.

В частности: большинство французских историков права связывают идею мировой юстиции во Франции с именем Вольтера, который в письме от 4 декабря 1739 г. пишет: «Лучший закон, лучшая практика,

¹ Правила православной церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. Москва: изд. Отчий дом, 2011, с. 93–31 Правило Святых Апостолов: “И сіе да будет по единомъ, и второмъ, и третіемъ увѣщаніи от епископа”.

² См. Канон 1446 новейшего Codex Iuris Canonici католической църкв, обнародованный 21 января 1983 г. папой Йоаном-Павлом II. Codex Iuris Canonici. Москва: Sancti Thomae Institutum. 2007. С. 527.

самое полезное, что я когда-либо видел, — в Нидерландах. Когда два человека хотят подать в суд друг на друга, они сначала должны обратиться в трибунал посредников, называемых миротворцами». И описывает их подход к разрешению споров¹.

Идея создания мирового суда и мировой юстиции была подхвачена и в конечном итоге претворена в жизнь Жаком-Гийомом Турэ². Обсуждая законопроект о проведении судебной реформы (Закон от 16 и 24 августа 1790 г.), Турэ мотивировал создание института мировых судей существованием такого суда во «многих странах», а также необходимость создать для сельского населения «быстрый, легкий, так сказать домашний» суд, который освободит от «разорительной процедуры» «граждан, которые давно стали жертвами практикующих юристов», и «не потребует никаких законов, кроме предписаний здравого смысла³. Каждый житель соответствующей территориальной общины должен иметь возможность стать мировым судьей, если он обладает необходимыми моральными качествами и доверием своих сограждан, которые его изберут. Функциональные характеристики мирового судьи описаны Турэ в очень общих чертах — процедура должна быть быстрой, неформальной, бесплатной, но в то же время он указывает на очень важное концептуальное положение: «Эти судьи будут напоминать граждан, которые теперь решают споры в качестве арбитров... но если бы мировые судьи были всего лишь посредниками, они скоро стали бы бесполезными: все их усилия не смогли бы удержать спорящих... поэтому Комиссия предложит вам наделить их двойным качеством — посредников и судей».⁴

Закон о судоустройстве от 16 и 24 августа 1790 г. впервые ввел институт мирового судьи не только в судебную систему Франции, но и в континентальной Европе. При том, только 12 статей, посвященных этому институту, не воспроизводящие даже самую общую концепцию Турэ (8 статей посвящены выборам мировых судей, а 4 — родовой подсудности и процедуре обжалования решений).

Несмотря на свое неполное и несовершенное правовое регулирование, Французский мировой суд середины XIX века продемонстриро-

¹ *Voltaire. Œuvres complètes de Voltaire, Garnier, tome 23 (p. 127–128).*

² Jacques-Guillaume Thouret (родился 30 апреля 1746г. в Pont-à-Évêque — гильотинирован на 22 апреля 1794г. в Париже). Выдающийся французский политический деятель эпохи Революции; председатель Учредительного собрания. Один из авторов судебной реформы во Франции и Конституции 1791 года.

³ Протокол заседания Национального собрания (Учредительного собрания) Франции 7 июля 1790 г. (в Réimpression de l'ancien Moniteur. Tome Cinquième. Paris. Typographie De Henri Plon. 1860. С. 66–67).

⁴ Протокол заседания Национального собрания (Учредительного собрания) Франции 7 июля 1790 г. (в Réimpression de l'ancien Moniteur. Tome Cinquième. Paris. Typographie De Henri Plon. 1860)

вал в своей практике впечатляющие результаты в примирении сторон и разрешении споров внесудебными средствами. Это побудило большинство западноевропейских стран ввести аналогичные институты в свои судебные системы.

В Российской Империи также был введен мировой суд, действовавший с 1864 по 1917 год. Но российская модель мирового правосудия не копирует французскую, а представляет собой оригинальное, глубоко продуманное и значительно более совершенное решение в законодательном, структурном и функциональном плане.

В 1880 году, в первом после Освобождения от турецкого ига Законе об устройстве судов¹, в Болгарии были также учреждены мировые суды. По большей части российское законодательство было заимствовано, но были внесены некоторые существенные изменения в организации и деятельности болгарского мирового суда, что привело к его практической нежизнеспособности и невозможности выполнять свою основную функцию примирительного учреждения.

Хотя и существенно отличающиеся по своему историческому формированию, структуре, компетенции и функциональным характеристикам от мировых судов континентальной Европы, магистратские и мировые суды в странах Общего права (Великобритания, США, Австралия, Канада и т. д.) по-прежнему успешно функционируют.

Успех различных систем мировой юстиции во многом объясняется их созданными ими собственной «примирительной практикой» и профессиональных подходов к разрешению споров посредством примирения.

Однако мировая юстиция еще во второй половине XIX в. сталкивается с противодействием и негативным отношением судей общих судов, адвокатов и профессиональных юристов. Мировой суд оказался опасным и успешным конкурентом, взяв на себя большую часть работы судей общих судов, адвокатов и профессиональных юристов. В конце концов, юридическое лобби победило — хотя по разным причинам и мотивам мировая юстиция была упразднена в 1917 году. — в России, 1934 г. — в Болгарии, а в 1958 году даже на родине Континентального мирового суда — во Франции.

К середине XX в. в большинстве государств Европы создается единая система судов и судопроизводства, осуществляемого профессиональными судьями в строгих формах, предусмотренных процессуальным законодательством. При этом полностью не отказались от идеи разрешения споров путем примирения сторон. Примирение сохраняется как дополнительный вариант разрешения спора путем заключения соглашения сторонами в ходе судебного процесса. Роль

¹ Закон за устройство на съдилищата 1880 г. Принят II ОНС, I РС, обнародован ДВ (Държавен вестник), № 45 от 28.05.1880.

суда в примирении сторон ограничивается приглашением сторон к достижению соглашения и объяснением сторонам правовых последствий, и подтверждением возможно достигнутого соглашения, которое будет иметь силу решения суда¹. De iure обязательство суда предпринять иные действия, кроме упомянутых, отменяется, и судья по собственному усмотрению может решить, убедить ли стороны каким-либо образом согласиться или строго придерживаться принципа состязательности, чтобы свести всю согласительную процедуру к одному предложению в судебном протоколе: «Суд пригласил стороны к соглашению и объяснил им правовые последствия достижения такого соглашения».

Этот подход быстро доказал свою неэффективность: несмотря на постоянно растущее число судей, адвокатов, увеличение судебных издержек — отправление правосудия не становится более эффективным, количество юридических споров растет, а стороны все меньше и меньше воспринимают суд как справедливый.

Ровно через 20 лет после отмены мирового правосудия, в 1978 году, во Франции был учрежден институт так называемого Conciliateur de Justice (судебный посредник)², который очень похож на мирового судью, но выполняет только функцию посредника между сторонами спора, без права отправления правосудия при отсутствии соглашения. Медиатор — это не структурное подразделение судебной системы, а учреждение, внешнее по отношению к суду, хотя от него требуется определенная юридическая и специальная квалификация. К нему следует обратиться либо по инициативе одной из сторон (даже до возникновения судебного спора между ними), либо по инициативе суда в рассматриваемом деле между сторонами, когда суд сочтет это целесообразным. В 1995 г. Французский законодатель также официально ввел понятие медиации, которое регулируется в Разделе II, Главе I, статьях 21 и 22 Закона от 8 февраля 1995 года. о структуре судов и гражданском, уголовном и административном производстве³. Как и примирительная процедура с участием судебных посредников, медиация также должна инициироваться по просьбе одной из сторон (Conventionnelle) или делегацией суда (déléguée par le juge).

¹ Гражданско-процессуальный кодекс Болгарии от 2008 г.: Ст. 145, ч. 3. “Затем суд приглашает стороны к соглашению и указывает его последствия. В случае недостижения соглашения суд составляет доклад, который заносится в протокол.”, Ст. 149, ч.1. “Собрав доказательства, суд снова приглашает стороны к соглашению. Если соглашение не достигнуто, суд открывает устное состязание”.

² Décret no 78–381 du 20 mars 1978, modifié notamment par un décret du 1er octobre 20107 et par le décret no 2012–66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends

³ Loi n° 95–125 du 8 février 1995 relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Медиация как способ альтернативного разрешения споров быстро стала популярной и в период с 1997 по 2008 г. большинство стран-членов Евросоюза ввели ее в свое законодательство, в том числе Болгария — принятым в 2004 году Законом о медиации¹.

В 2008 г. медиация в трансграничных спорах была закреплена в европейском праве Директивой 2008/52 / ЕС.² Она рассматривается как средство «экономного и быстрого разрешения внесудебным способом споров по гражданским и коммерческим делам с помощью процедур, адаптированных к потребностям сторон» с целью «обеспечения лучшего доступа к правосудию как часть политики Европейского Союза, направленную на создание зоны свободы, безопасности и справедливости».

Большинство авторов считают особыми достоинствами медиации конфиденциальность разбирательства (в отличие от публичности судебного разбирательства) и тот факт, что «медиатор соглашается проводить разбирательство только в том случае, если он может гарантировать свою независимость, беспристрастность и нейтралитет»³. В отличие и от примирительной процедуры перед мировым судьей, который «настаивает на своем решении с точки зрения закона и морали», «прислушивается к сторонам и предлагает им решение», медиация «представляет собой структурированный процесс, который гарантирует, восстанавливает качество взаимоотношений спорящих, и создает предпосылки разрешить спор самими сторонами и для самих сторон. Медиатор стоит вне всякого юридического, морального или культурного влияния»⁴.

На наш взгляд, эти характеристики медиации имеют в основном абстрактно-теоретическое значение. На практике, хотя судебные слушания в судах имеют публичный характер, в них обычно принимают участие стороны и / или их законные представители, в некоторых случаях несколько других лиц, которые ожидают своей очереди в качестве сторон в следующих делах в расписании суда и не заинтересованы. по существу спора не знакомы с участниками спора и никоим образом не оказывают психологического воздействия на стороны. Эта

¹ Обн., ДВ, № 110 от 17.12.2004, изм. и доп., № 86 от 24.10.2006, доп., № 9 от 28.01.2011, изм. и доп., № 27 от 1.04.2011, № 77 от 18.09.2018.

² Директива 2008/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 май 2008 година относно някои аспекти на медиацията по гражданскоправни и търговскоправни въпроси.

³ *Попова Валентина*. Медиацията в българското, европейското право, българския, европейския и международния граждански процес. Журнал. Норма, № 6/2017г., стр. 15

⁴ *Devigny Emmanuelle*. Médiation, conciliation, arbitrage, négociation: c'est quoi les MARC? Опубликовано 16.01.2017 на <https://www.officieldelamediation.fr/2017/01/16/mediation-conciliation-arbitrage-negotiation-a-vos-marc/> (Доступ 30.09.2021 в 11:15)

формальная па существу публичность вряд ли может быть противопоставлена конфиденциальности медиации. Кроме того, нейтралитет медиатора и его отстраненность от любых правовых, моральных или культурных влияний очень условны и зависят от профессиональных навыков и применяемых психологических приемов конкретных людей.

Другой, не очень обсуждаемой характеристикой современной европейской медиации является то, что это платная услуга. В этом плане медиация существенно отличается от мировой юстиции, которая в некоторых странах была бесплатной для сторон, а в других — на порядок дешевле, чем судебное урегулирование спора. Авторы исследования ««Перезагрузка» Директивы о медиации: оценка ограниченного воздействия от ее реализации и предложение мер по увеличению числа медиаций в ЕС» утверждают, что медиация дает возможность сторонам сэкономить около 60% затрат, необходимых для разрешения их спора в судебном порядке¹, аргументируя свой вывод конкретными данными отдельных европейских стран. Однако более глубокий анализ приведенных данных показывает, что этот «положительный баланс» медиации в основном получается за счет значительной разницы в гонорарах адвокатов (более чем в 3 раза), которые выплачиваются в том и другом способе разрешения споров (столбцы С и D).

На самом деле если сравнить расходы двух производств, не включая гонорары адвокатов, оказывается, что в 10 из 28 стран-членов ЕС расходы на медиацию выше, чем судебные издержки. Так в Австрии, Бельгии, Греции, Латвии, Португалии и Швеции, медиация обходится сторонам в 0,5–2,4 раза дороже. Только в 6 странах — Болгарии, Испании, Литве, Мальте, Румынии и Финляндии затраты на медиацию значительно меньше (в 2 раза и более), чем затраты на судебные разбирательства. Данные о средних затратах всех 28 стран-членов ЕС недвусмысленно показывают, что медиация лишь на десять процентов дешевле, чем судебное разбирательство (1534, соотв. — 1754 евро).

Следует отметить, что на практике к медиации чаще всего прибегают в тех случаях, когда судебное производство по делу уже возбуждено и причитающаяся государственная пошлина уже уплачена. Даже в самом благоприятном случае, когда медиация успешно завершена соглашением сторон подтвержденным судом, сторонам возвращается только половина уплаченной государственной пошлины².

¹ Giuseppe De Palo и авт. коллектив. “Rebooting” the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels: © European Union, 2014г. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (до-ступ 30.09.2021 г. 11.15 ч.), стр. 126

² Ст. 78, ч. 9 ГПК.

А в тех случаях, когда, по окончании медиации не удается достигнуть соглашения, все расходы, понесенные в связи этим способом разрешения споров, представляют собой чистую трату средств, усилий и времени для сторон. В этом же плане заключается наиболее существенное преимущество мировой юстиции перед медиацией: разрешение спора в мировом порядке не требует дополнительных затрат для сторон и не приводит к потере процессуального времени.

В ходе предварительной примирительной процедуры, мировой судья и стороны совместно выясняют все свои претензии, утверждения и возражения, фактические обстоятельства спора, проводят сбор и проверку доказательств, относящихся к делу. Именно наличие или отсутствие доказательств к тому или иному утверждению является наиболее мощным мотивирующим фактором для сторон к поиску компромиссного решения возникшего спора, особенно в случаях, когда одна или обе стороны склонны к нечестности и недобросовестности. В этом отношении «устраненный от права» и нейтральный медиатор беспомощен — он не имеет ни прав, ни средств, ни компетенции собирать и проверять доказательства, даже когда стороны предъявляют такие доказательства, и может лишь снижать накал бесконечных и не основывающихся на конкретных доказательствах споров сторон о достоверности представленных доказательств: утверждения о недостоверности, фальсификации документов, о том, являются ли показания свидетелей правдивыми или ложными и т.д. Практически бессмысленным и неприменимым для медиатора является такое процессуальное действие, как осмотр места, проводимый незамедлительно мировым судьей и сторонами с занесением результатов в протокол, имеющий доказательную силу.

Даже если предварительные примирительные производствo в мировом суде окажется совершенно безуспешными и стороны не смогут прийти к соглашению, мировой судья может незамедлительно вступить в роль суда и приступить к вынесению решения, поскольку основная часть процессуальной работы уже сделана: доказательства собраны и проверены, стороны предъявили все свои доводы и возражения. Остается только сделать юридическую квалификацию и зафиксировать резолютивную часть решения. Процедурная экономия очевидна — нет необходимости передавать дело, назначать слушания и последующее проведение всех процессуальных действий, предусмотренных законом относительно разбирательства в первой инстанции. Мировые судьи более оптимальны не только с финансовой точки зрения, но и с точки зрения скорости разрешения спора.

Указанные недостатки медиации являются вероятной причиной того, что, несмотря на ее интенсивную пропаганду и всевозможные меры стимулирования, она не зарекомендовала себя как эффективное альтернативное средство разрешения споров. В заключительной ча-

сти обзорного исследования ««Перезагрузка» Директивы о медиации: оценка ограниченного воздействия от ее реализации и предложение мер по увеличению числа медиаций в ЕС» 2014 года, с сожалением признается, что споры, урегулированные путем медиации, составляют в среднем менее 1% всех споров, переданных в суды ЕС. В 14 из 28 стран-членов ЕС ежегодное количество медиаций составляет менее 500, а пионер европейского посредничества Франция после 40 лет интенсивного продвижения может сообщать только от 2000 до 5000 медиаций в год.

Ситуация в Болгарии не лучше, спустя 15 лет после введения медиации. Сводная и подробная статистика недоступна, и, вероятно, это не случайно.

Более 40 лет попыток имплементировать медиацию в европейских странах, серьезных усилий и финансовых ресурсов для ее продвижения, обучения, мониторинга и исследований, с одной стороны, и очень скромные практические достижения, с другой — достаточно, чтобы понять, что вряд ли это действительно востребованный обществом и жизнеспособный институт.

Очевидный провал очередного нововведения в сфере правосудия и перманентные проблемы существующих судебных систем снова поставили на повестку дня вопрос: Что делать? Возможно, нам следует прислушаться к словам Экклезиаста: «То, что было, будет, и то, что было сделано, будет сделано снова — нет ничего нового под солнцем. Бывает, что о чем-то говорят: «гляди, это новое»; но это было за столетия до нас». Может быть, нам стоит обратиться к хорошо забытому «старому» и постараться не воспроизводить его, а извлечь из него рациональное, полезное, работающее, чтобы построить наше «новое».

Лубенченко Константин Дмитриевич

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Жигулина Алена Владимировна

кандидат юридических наук

Договор как категория в рамках национальных и международных отношений

В настоящей статье институт договора анализируется в формате категории. Рассмотрение договора происходит в рамках национальной правовой системы, в которой договор является генеральной формой реализации принципа диспозитивности, а также в плоскости международного права, где договор выступает в качестве инструмента, придающего стабильность сотрудничеству между государствами.

1. Понятийно-категориальный аппарат

Договорные отношения существуют с глубокой древности, и их применение обусловлено тем, что такие отношения представляют собой, как было указано выше, гибкую правовую форму, которая может быть использована в любой сфере общественных отношений. Как указывают современные исследователи договорного права М. И. Брагинский и В. В. Витрянский: «...основное назначение договора сводится к регулированию в рамках закона поведения людей путем указания на пределы их возможного и должного поведения, а равно последствия нарушения соответствующих требований»¹.

Возникновение первых договоров можно вполне ассоциировать с мифами. Занятную мысль выдвигает профессор исторического факультета Еврейского университета в Иерусалиме Юваль Ной Харари, спрашивая, как же Homo sapiens ухитрился создать города, в которых жили десятки тысяч людей и империи, которые насчитывали сотни миллионов? Харари предполагает, что с помощью вымысла. Огромные массы незнакомых друг с другом людей способны к успешному сотрудничеству, если их объединяет миф². Любое широкомасштабное человеческое сотрудничество — от современного государства до средневековой церкви, античного города и древнего племени — вырастает из общих мифов, из того, что существует исключительно

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., Статут, 2004. С. 19.

² Харари Ю. Н. Sapiens. Краткая история человечества — М: Синдбад; 2016 С. 36

в воображении людей. Два католика, в жизни друг друга не видевшие, могут вместе отправиться в крестовый поход или собирать средства на строительство госпиталя, потому что оба верят, что Бог воплотился в человеке и позволил себя распять, чтобы искупить наши грехи. Судебные системы живут за счет единых юридических мифов. Два незнакомых юриста найдут общий язык: они оба верят в существование законов, справедливости и прав человека. Людям для достижения сотрудничества просто необходимо во что-то верить, часто эту веру, или миф, как сказано в произведении Харари, опосредует договор.

Слабость частного права в период развития общества обусловлена только усиливается распространения договорных конструкций. Увеличению значимости договорного права также способствует экспансия договорной конструкции между различными этносами.

Особенное внимание, проявляемое к договорным отношениям на всех этапах развития общества обусловлено тем, что договор для социума является одним из самых важных инструментов согласования интересов и воли, в том числе в правовой плоскости¹. Проблема согласования воли и интересов сторон, которые вступают в договорные отношения, спровоцировала глубокую дискуссию среди ученых-правоведов.

Конструкция договора имеет большое количество определений в зависимости от того, в области какой науки оно дается. Даже в рамках одной отраслевой принадлежности, например, в философских, экономических, коммерческих словарях под авторством различных ученых определения даются настолько разные, что тема «понятие договора» вполне заслуживает внимания в рамках отдельного исследования.

С позитивистской точки зрения договор — это юридический акт, имеющий индивидуальный для его сторон характер, который обладает в системе нормативно-правового регулирования функцией юридического факта, и является основой конкретных правоотношений. То есть в позитивистской концепции договорные отношения являются результатом реализации объективного права, а не элементом правотворчества.

Договор, и возникающие на его основе договорные отношения, обладают регулируемыми свойствами, что делает их похожими с законами и нормативными актами. М. И. Брагинский и В. В. Витрянский отмечают, что между условиями договора и правовыми нормами существует два принципиальных различия. Это, во-первых, происхождение поведенческих правил, поскольку договор содержит выражение воли заключающих его сторон, а нормативный акт выражает волю структуры, его разработавшей и издавшей. Во-вторых, это пределы действия правил поведения, то есть договор регулирует только поведение сторон его заключивших,

¹ Карасева М. В., Зульфугарзаде Т. Э. Договорное право: Учебно-методическое пособие. М., ФГБОУ ВПО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова», 2015. С. 11.

обязательства по нему не распространяются на третьих лиц, но он может создать для них дополнительные права. В отличие от договора, нормативный акт устанавливает правила, которыми должен руководствоваться каждый, кто попадает под сферу его действия¹. Следовательно, договор можно смело считать нормой права для сторон его заключивших, однако ни коем образом не для третьих лиц, если это заранее не оговорено и документ не является договором в пользу третьего лица.

Несмотря на то, что сейчас договор играет огромную роль в жизни общества, нельзя сказать, что его значимость в ранние периоды развития общества была менее существенной. В догосударственное время отношения между этносами регулировались с помощью договорных конструкций, а слабость частного права в данный период не только не препятствовала, но и способствовала их распространению.

Наиболее удачное определение общетеоретической конструкции договора, по мнению авторов, содержится в словаре Брокгауза и Ефрона: «договор — это соглашение двух или нескольких лиц на определенное решение или совершение определенных действий, служит в общественной жизни источником обязательств — нравственных или юридических, смотря по тому, возможно или невозможно прямое принуждение к их исполнению»².

Глобализация и быстрое развитие договорных отношений, их использование во всех сферах жизнедеятельности общества, совершенствование системы договоров и создание их новых видов, вызывает необходимость «глубокого и всестороннего осмысления данного процесса в целях внесения необходимых коррективов в традиционно сложившиеся представления о понятии, содержании и назначении договора»³. Будучи основой формирования социальных норм, обеспечивающих целостность общества, договор является крайне объемным понятием, которое нельзя ограничивать лишь частно-правовыми отношениями.

В рамках естественно-правового типа правопонимания среди философов никогда не было согласия определенных трактовок ценностей в качестве обязательных. Например, в Древней Греции такая ценность, как справедливость, трактовалась Фрасимахом и Калликлом как господство сильных, а Платоном, Аристотелем — как та или иная форма равенства. Аристотель был убежден в том, что деление людей на рабов и свободных вытекает из природы вещей. Такая позиция абсолютно неприемлема для более поздней естественно-правовой доктрины. Б. Н. Чичерин утверждал, что в политической сфере жизни должно господствовать пропорциональное равенство, сообразное со способностями, заслугами и назна-

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 8.

² Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона // [Электронный ресурс] URL: <http://www.brocgaus.ru/text/036/803.htm>

³ Марченко М. Н. Источники права: Учебное пособие. М.: Норма, 2018. 270 с.

чением лиц. В этом он расходился с естественно-правовыми учениями XVII–XVIII вв. и теми русскими теоретиками, которые признавали учение о неотчуждаемых естественных равных правах¹. Такое расхождение в трактовке принципов вполне допустимо, т.к. в естественно-правовых концепциях не существует универсальных принципов, кроме одного — всеобщей абстрактности ценности. Здесь существуют лишь разногласия в признании или непризнании абсолютной ценностной природы того или иного принципа. Различные вариации естественно-правовых подходов являются наполнением, содержанием, приданием определенных форм выражения единственному универсальному принципу естественного права. С течением времени ценностное восприятие мира существенно меняется, что позволяет говорить о большом потенциале подвижности естественно-правовых воззрений.

«Различные естественно-правовые концепции справедливости — вопреки их претензиям на нравственную всеобщность и абсолютную ценность — на самом деле имеют относительную ценность и выражают релятивистские представления о нравственности вообще и нравственных ценностях права в частности»², — отмечает В. С. Нерсесянц.

Этический смысл, открываемый в универсализме естественного нравственного закона, впервые озвучивается в понятии справедливости, являющимся «общим ценностным знаменателем»³, определяющим парадигму античной морали. Софисты впервые обозначили «действительное пространство морали»⁴, включавшее философскую рефлексию относительно понятий природы, закона и справедливости.

В рамках теории общественного договора развивалась также теория этических и психологических контрактов. Ее родоначальниками также были Ж.-Ж. Руссо, Дж. Локк, И. Кант, и др.

В целом под этическим контрактом понимаются согласованные компетентными органами власти этические принципы локальных сообществ, которые предназначены для согласования интересов партнеров независимо от их уровня и правового статуса на всех этапах формирования и реализации их договорных отношений⁵.

¹ Козюк М. Н. Равенство и естественноправовой тип правопонимания // Гражданское общество и правовое государство как факторы модернизации российской правовой системы: Материалы международной научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 11–12 декабря 2009 г. В 2 ч.: Ч. I. 2009. С. 16.

² Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 159.

³ Прокофьев А. В. Справедливость или преодоление человеческой природы // Этическая мысль. 2003. Вып. 4. С. 23.

⁴ Игуменов А. Концепция справедливости в античном и европейском сознании // Вестник славянских культур. 2010. № 2. С. 13.

⁵ Родионова Н. В. Формирование контекстной среды в системах социальных партнерств на основе этической и психологической контрактации // Россия: тенденции и перспективы развития. 2016. Вып. 11. С. 457.

При установлении набора и порядка приоритетности нравственных требований нормативная этика постоянно переносит свои теоретические подходы из нравственного контекста в правовую плоскость. Это приводит к существенным трудностям, поскольку теоретическая модель, дающая приемлемые для моральной интуиции выводы в одном контексте, может не согласовываться в своих выводах с другими.

Т. Гоббс, Дж. Локк и Ж.-Ж. Руссо считали, что человек наделен неотъемлемыми правами, а государство является их гарантом. Поэтому в частных отношениях, по мнению философов, должна быть максимальная личная свобода при сильной власти, которая могла бы разрешать возникающие индивидуальные споры.

Договор — это не только философский механизм, объясняющий возникновение государственной власти соглашением между людьми, вынужденными перейти от необеспеченного защитой естественного состояния к состоянию гражданскому¹, но и юридический, господствующий в настоящее время в сфере жизни основной массы населения и объединений. Договорные конструкции встречаются буквально повсеместно: от сферы международного права до договоренностей субъекта с самим собой.

2. Договор в сфере национальных отношений

Договор представляет собой универсальную форму реализации принципа диспозитивности в рамках национального права.

Правовой характер договора проявляется в его обязательном нормативно-правовом урегулировании, а также в наличии юридических последствий, которые он порождает. Изменения в социально-правовой действительности являются следствием использования средств договорного регулирования участниками правоотношений². К тому же, договорные средства определяют соответствующее поведение, обусловленное содержанием соглашения. Ю. А. Тихомиров отмечает, что договорные правила, несмотря на полярность их содержания, обеспечивают регулирование поведения участников договорных отношений, а также подлежат юридически значимому признанию в общей системе нормативного регулирования и, как следствие, правовой защите³. Как уже было сказано, договор является средством закрепления нравственных или юридических обязательств в зависимости от наличия возможности принуждения к исполнению.

¹ *Валлерстайн И.* Анализ мировых систем и ситуация в современном мире / пер. с англ. П. Н. Кудюкин. Санкт-Петербург: Университетская книга, 2001. С. 243.

² *Бакулина Л. Т.* Средства договорного правового регулирования // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 160.

³ *Тихомиров Ю. А.* Договор как регулятор общественных отношений // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1990. № 5. С. 28.

Соглашения, являющиеся индивидуальными договорно-регулятивными средствами, имеют подзаконный характер. Нормативные договоры, обладающие спецификой заключающих их субъектов, имеют свойство подзаконности лишь в отдельных случаях своего проявления¹.

Лишены характера подзаконности также внутригосударственные нормативные соглашения, заключенные, например, между государством и его субъектами или непосредственно между субъектами государства.

Внутригосударственные договоры обладают определенной спецификой: их существование обуславливается федеративным устройством государства. Так, например, возможно заключение соглашений между Российской Федерацией и ее субъектами, а также непосредственно между субъектами Российской Федерации, которые должны базироваться на основе Конституции РФ.

Историческим примером является Федеративный договор от 31 марта 1992 года², который разграничил предметы ведения и полномочия между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти, входящих в состав государства субъектов.

Субъекты РФ вправе передавать осуществление части своих полномочий друг другу на добровольной основе, по договору между соответствующими органами государственной власти.

Так, отношения автономного округа с краем, областью могут регулироваться только на основе взаимного согласия, то есть договором. Федеральным же законом могут быть урегулированы отношения вышеперечисленных субъектов, касающиеся участия обоих субъектов РФ в реализации полномочий Российской Федерации³.

Существует различная практика заключения соглашений между субъектами Российской Федерации. Подобные договоры могут как отличаться декларативным характером и не иметь сопутствующих конкретизирующих соглашений документов, так и подкрепляться соответствующими протоколами, программами, проектами и другими документами, с конкретным перечнем мероприятий для выполнения поставленных задач. Так, например, Соглашение между Правительством Санкт-Петербурга и Республикой Татарстан о тор-

¹ Бакулина Л. Т. Указ. соч. С. 164.

² Федеративный договор от 31.03.1992 «Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти суверенных республик в составе Российской Федерации» (вместе с «Протоколом к Федеративному договору») // «Федеративный договор: Документы. Комментарий». М., 1994.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.1997 № 12-П по делу о толковании содержащегося в части 4 статьи 66 Конституции Российской Федерации положения о вхождении автономного округа в состав края, области // СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3581.

гово-экономическом, научно-техническом, социальном и культурном сотрудничестве¹ сопровождается утвержденным Планом мероприятий «Дорожная карта» по реализации Соглашения между Правительством Санкт-Петербурга и Республикой Татарстан о торгово-экономическом, научно-техническом, социальном и культурном сотрудничестве на 2018–2022 годы².

Большую роль в том, рассматривается ли ненормативный договор в качестве источника права, играет судебное толкование, в котором в зависимости от подхода решается, имеют ли стороны право на судебную защиту, а также имеет ли место быть свобода судебного усмотрения или отношения между лицами должны трактоваться буквально.

В Российской Федерации в отличие от стран, использующих прецедентное право, суды не интерпретируют самостоятельно правоотношения между сторонами, опираясь на правовые нормы, регулирующие соответствующие отношения. В свою очередь, к примеру, в английском праве первостепенная роль в толковании соглашений принадлежит судам, целью которых является выявление взаимных намерений в рассматриваемых договорных отношениях, которые облачены в письменную форму.

Формально-определенные договорные отношения являются источником права. Обязательная форма договора предусматривается законодательством. Например, при займе между двумя физическими лицами до десяти тысяч рублей, законодатель переводит неформализованные права и обязанности в право неотъемлемой свободы иметь указанные неформализованные права и обязанности.

В случае займа свыше десяти тысяч рублей, облеченного в устную форму, он не перестает быть для сторон соглашением, однако в данном случае будет отсутствовать возможность государственного принуждения. Регламентированные в законе договоры в соответствии с предусмотренной формой будут рассматриваться сторонами в качестве источника права.

С практической точки зрения ограничить возможность исковой защиты формой договора обусловлена тяжелой доказуемостью отношений между сторонами, хотя в некоторых случаях, если опираться на суть отношений, преддоговорные отношения и поведение сторон после заключения предполагаемого соглашения, суды могли бы прий-

¹ Соглашение между Правительством Санкт-Петербурга и Республикой Татарстан о торгово-экономическом, научно-техническом, социальном и культурном сотрудничестве (Совершено в г. Казани 19.07.2016) // СПС «КонсультантПлюс».

² План мероприятий («Дорожная карта») по реализации Соглашения между Правительством Санкт-Петербурга и Республикой Татарстан о торгово-экономическом, научно-техническом, социальном и культурном сотрудничестве на 2018–2022 годы // СПС «КонсультантПлюс».

ти к верному с точки зрения права разрешению спора. Но все же в случае, если вербальный договор не считается возможным в договорно-правовом регулировании отношений сторон с точки зрения закона, он будет являться источником обязательства, а не источником права.

Выступая основным средством регламентирования правоотношений между субъектами права, договор закрепляет связь между сторонами. Чаще всего заключение договора можно рассматривать как процесс согласования воли сторон договора, т.е. во взаимном обмене социально-правовой информацией об оптимальных условиях, на которых будут строиться их отношения.

Интерес является одной из причин действий индивидов. Интерес лежит в основе таких форм социального взаимодействия как состязательность, борьба и сотрудничество между субъектами. Именно этим объясняется та действенность и та мощь, которая заключается в реальных жизненных интересах. Отражая социальное положение индивидов и социальных групп, они выполняют роль важнейших побудительных стимулов действия и движущих сил исторического процесса¹. Субъективная сторона интереса раскрывается во всей совокупности идеальных побуждений деятельности².

При анализе гражданско-правовых отношений О. С. Иоффе указывал, что «интерес, охраняемый правом, составляет цель и предпосылку субъективной воли (воли участников гражданских правоотношений), которая формируется под влиянием интереса, укрепляется в процессе его осознания, выступает как осознанный интерес и является средством его удовлетворения»³.

Договорно-регулятивная деятельность субъектов направлена на достижение согласования возможного должного и дозволенного поведения. Но если договор — двусторонняя сделка, являющаяся основанием возникновения договорного правоотношения, с методологической точки зрения следует отметить, что преддоговорные отношения — это отношения, предшествующие договору — сделке, или так называемые отношения по заключению договора.

Можно сказать, что непосредственно заключение договора является промежуточными целью и этапом. Стороны, исходя из своих интересов, рассчитывают на достижение основной цели, в связи с чем, вступают в преддоговорные правоотношения. Такими непосредственными действиями можно считать заключение сторонами соглашения о порядке ведения переговоров, отправление и получение оферты.

¹ *Нетишинская Л. Ф.* Интерес как предпосылка возникновения договорных обязательств // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 112.

² *Философский словарь* / под ред. И. Т. Фролова. М., 1987. С. 73.

³ *Иоффе О. С.* Избранные труды. Правоотношение по советскому гражданскому праву. В 4-х томах: Т. 1. СПб: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 479.

Большинство авторов гражданско-правовых исследований¹ полагают, что процесс заключения договора включает в себя только две стадии: оферту и акцепт. Действия, составляющие стадию преддоговорных контактов, поглощаются стадией оферты, а действия по разрешению преддоговорных споров включаются в стадию акцепта. Другая группа ученых² считает, что преддоговорные правоотношения возникают с момента переговоров. Переговоры — это процесс взаимодействия лиц, заинтересованных в заключении сделки, которые направлены на разработку, согласование условий заключаемой сделки, подготовку и заключение такой сделки.

Преддоговорные отношения в этом случае носят переходный характер и являются неким промежуточным звеном между двумя видами отношений: между неурегулированными ни нормами права, ни положениями договора деловыми преддоговорными отношениями сторон, с одной стороны, и, непосредственно, стадией договорных отношений, с другой стороны.

Сами по себе преддоговорные отношения направлены на урегулирование поведения сторон путем заключения соглашения. Обязательства, вытекающие из преддоговорных отношений, возникают в случае прямого указания на это в иных актах. Договор же изменяет социально-правовую действительность участников отношений в связи с таким решением непосредственно сторон соглашения. Так, в наличии юридических последствий, порождаемых договором, и в обязательном нормативно-правовом урегулировании проявляется его правовой характер. В то же время стоит отметить, что договор закрепляет юридические обязательства и является источником права в случае возможности принуждения к его исполнению.

3. Договор в сфере международных отношений

Правовое регулирование международных экономических отношений в последние десятилетия стало отличаться тем, что совершенствование традиционных методов как международное государственное нормотворчество начало тесниться новыми правовыми формами, направленными на развитие сотрудничества.

¹ *Перетерский И. С.* Сделки, договоры. М., 1929. С. 20; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право (курс лекций). Л., 1958. С. 101; *Гражданское право: учебник.* Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. СПб., 1996. С. 444; *Новицкий И. Б.* Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2 М., 2006; *Иоффе О. С.* Избранные труды. Т. 3. СПб., 2004. и др.

² *Суханов Е. А.* Гражданское право: Т. 3.: Обязательственное право. М.: Волтерс Клувер., 2008. С. 197; *Гнищевич К. В.* Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (*culpa in contrahendo*): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб. 2009. С. 11; *Кетиц Х., Ломан Ф.* Введение в обязательственное право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М.: БЕК, 2001. С. 61. и др.

Международные организации, коллективы ученых начали разрабатывать неформальные способы унификации в виде документов, содержащих правила, принципы, типовые условия и др.

Одним из самых ярких и значимых документов являются «Принципы»: Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) и Принципы европейского договорного права. Они посвящены обобщению правил, которые определяют основные условия взаимодействия сторон частных внешнеэкономических отношений. Несмотря на то, что в отличие от классических нормативных актов в данной сфере, «Принципам» не присуща обязательная сила и они не являются источниками права, они получают все большее распространение среди участников международных коммерческих отношений, поскольку содержат довольно полную и детальную регламентацию договорных отношений, к которой можно прибегнуть на добровольной основе. Один из разработчиков Принципов УНИДРУА, А. С. Комаров отмечает, что документ обладает авторитетностью в международном сообществе, поэтому его применяют как источник норм, регулирующих соответствующие отношения¹.

Помимо вышеуказанных документов, учеными Центра транснационального права CENTRAL был создан документ правил в сфере международных коммерческих отношений под названием «Принципы TransLex»². Документ стал логичным шагом работы исследовательской платформы «TransLex», посвященной как правовым актам, регулирующим международные коммерческие отношения, так и аккумулярованию и анализу их доктринальной трактовки, судебной практики³.

Как замечает Н. Г. Вилкова, в международных коммерческих отношениях намечается тенденция полицентризма. Государства больше не обладают абсолютной прерогативой нормотворчества, частные участники начинают предпочитать саморегуляцию, что и проявляется в издании рассмотренных выше документов. Повышение значимости принципа автономии сторон и свободы воли в международных коммерческих договорах способствует поиску новых путей регулирования отношений путем унификации принципов и стандартизации контрактов⁴.

¹ Комаров А. С. Новеллы в регулировании международных коммерческих договоров: Принципы УНИДРУА-2004 // Хозяйство и право. 2006. № 11. С. 120–121.

² International Arbitration and International Commercial Law: Synergy Convergence and Evolution. Liber Amicorum Eric Bergsten / Eds. by S. Kroll, L.A. Mistelis ets. 2011. P. 33–53; Berger K. P. Transnational Commercial Law Online // URL: www.trans-lex.org.

³ Амиров А. Т., Пугинский Б. И. Важный шаг в развитии нового lex mercatoria // Коммерческое право. 2008. № 2. С. 174–180; Berger K. P. The Greeping Codification of the Lex Mercatoria. 1999. // URL: www.trans-lex.org/000004/.

⁴ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 7.

Можно сказать, что благодаря договорным конструкциям, государство перестает обладать исключительным правом на правовое регулирование. А принципы в форме документа, примеры которых рассмотрены выше, можно считать договором, поскольку ряд государств дают свое согласие на его соблюдение. Соглашения, в том числе устные, могут обеспечиваться социальными нормами, там, где право не имеет главенствующей роли. Эксперты и непосредственные участники договорных отношений, в отличие от государства, успевают за постоянно развивающимся миром и могут быстро приспосабливаться к новым условиям.

Правовое регулирование государством новейших технологий обычно идет с большой задержкой, как в случае с криптовалютами, блокчейном, нейро- и квантовыми технологиями, виртуальной и дополненной реальностями и др., и, если появляется, быстро становится неактуальным.

Говоря о современных технологиях, интересным может быть тот момент, что договоры, заключенные по средствам платформы блокчейн представляют собой соглашения без юридической защиты. С одной стороны, это является небезопасным для сторон указанных договорных отношений, с другой стороны позволяет участникам использовать большую гибкость в договоре, который только постепенно внедряется в российское законодательство.

В большинстве случаев все договоры, которые появляются в российском законодательстве за последние годы связаны с развитием цифровизации. Исключение, составляет, например, договор о синдицированном кредитовании, который смело можно назвать подарком для старой доброй цивилистики.

Глобализация, технический прогресс влияют и на трудовые отношения.

В российском трудовом законодательстве, помимо трудового договора, существует такой договорный инструмент как коллективный договор, однако он устанавливает в большей степени социальные права действующих работников, не является обязательным для организации документом и заключается, как правило, крайне редко. В настоящее время не существует в российском праве договорного инструмента, регламентирующего права и обязанности работника и работодателя после увольнения работника из компании.

На Западе широко распространено соглашение о неконкуренции, действительность которого на территории Российской Федерации на данный момент остается под вопросом. Законодательство зарубежных стран устанавливает к такому соглашению требования о соблюдении правовых норм, а также законных прав работников.

Таким образом, наибольшей эффективности можно добиться в случае, если в различных сферах пределы свободы договора и его регулирование будут определяться соответствующим профессиональным сообществом. У государства же должна оставаться неотъемлемая

функция главной инстанции по защите и восстановлению прав более слабых участников правоотношений, в том числе путем введения императивных норм.

Международные договоры, как и нормы международного права, в большинстве своем являются составной частью правовой системы государства и должны применяться, в том числе, в правовом регулировании соответствующей сферы отношений.

Конституция РФ предусматривает не только возможность участия России в межгосударственных объединениях и передачи им части своих полномочий в соответствии с международными договорами, при условии, что это не повлечет ограничения прав и свобод человека и гражданина и не будет противоречить основам конституционного строя Российской Федерации (статья 79), но и создание такими организациями контролирующих механизмов исполнения условий международного соглашения. Также в Конституции РФ прямо признается возможность участия Российской Федерации в международных соглашениях, предусматривающих присоединение Российской Федерации к межгосударственным объединениям и иным международным, межправительственным организациям¹.

В то же время, юридическая коллизия между законом РФ и международным договором не означает неконституционность первого².

Как указывал Рудольф Иеринг: «точка зрения договора лежит в основании государственного общения, и все международное право разлагается на договоры»³. Однако одним из признаков источника права является возможность принуждения к исполнению соответствующих норм.

Г. Харт утверждал, что при отсутствии централизованных санкций нормы международного права не являются «законом», не образуют общеобязательных правил поведения и могут блокироваться использованием права «вето» членами международных организаций или осуществлением государствами суверенитета. Кроме того, если в национальном праве применение санкций эффективно для обеспечения безопасности граждан и принятия мер против индивидуальной

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 09.07.2012 года № 17-П по делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации — Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.1999 года № 12-П по делу о проверке конституционности Федерального закона от 15 апреля 1998 года «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

³ *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития: перевод с 3-го исправленного нем. издания. СПб, 1875. С. 145.

агрессии, то в международной сфере агрессия государств носит более масштабный характер и всегда является публичной, то есть наносит ущерб и нарушает баланс интересов мирового сообщества.

Тем самым, применение международно-правовых санкций сопряжено с высокой степенью риска в отличие от естественных сдерживающих факторов, связанных с геополитическим положением государств. Отсюда Г. Харт делает вывод, что международное право налагает обязанности, исполнение которых обеспечивается политическим и иным давлением с целью побуждения к соблюдению правил требованиями компенсации за причиненный вред, применением репрессалий, контрмер и т. д.¹

Взгляды Харта несколько разнятся со взглядами Г. Кельзена. Одно из важнейших положений нормативизма Кельзена — его идея первичности и приоритета международного права. Именно международное право содержит «основную норму», без которой не могут существовать национальные правовые системы. Критика соответствующей концепции заключалась во вполне логичном вопросе: «Какая из норм международного права является «основной нормой»?»

Г. Кельзен указывал, что международное право часто фиксирует факты «обычного поведения» государств в международных отношениях. Отсюда его вывод: «основной нормой» фактически является принцип эстоппель, положение «государства должны вести себя так, как они обычно ведут себя»².

По мнению В. С. Нерсесянца, процессы государственно-правовой интеграции следует трактовать «не как капитуляцию государства и позитивного права перед естественным правом и не как ограничение государственного суверенитета в пользу надгосударственных структур, а как поиски разумного компромисса между естественным правом и позитивным правом государства на общеправовой основе принципа формального равенства...»³. Именно по такому принципу должны складываться идеальные международные отношения, однако настоящая действительность свидетельствует о том, что высказывание В. С. Нерсесянца все еще остается на уровне «должного» и, к тому же, сильно расходится с «настоящим». Юридическое равенство государств не означает их фактического равенства, что всегда учитывается в реальных международных отношениях. Один из примеров этого различия — в статусе постоянных и непостоянных членов Совета Безопасности ООН. Большое влияние фактического неравенства го-

¹ *Афонасин Е. В., Дидикин А. Б.* Философия права: Учеб. пособие. Новосиб. гос. ун-т., Новосибирск, 2006. С. 31.

² *Каламкарян Р. А.* Эстоппель в международном праве. М.: Наука, 2001. С. 109.

³ *Нерсесянц В. С.* Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Государство и право. 2005. № 5. С. 6–7.

сударств на международные отношения становится отчетливо видимым и тогда, когда, например, страна — член Совета Безопасности ООН получает возможность наложить право вето на проект резолюции, если он нарушает ее интересы, и продолжить осуществление действий, осуждаемых мировым сообществом.

Не соответствует практике аргумент о моральной обязанности государств подчиняться нормам международного права, высказываемый противниками позитивизма, который критиковал еще Н. Я. Данилевский, так как он опровергается практикой международного сотрудничества. «Око за око, зуб за зуб, строгое право, бентамовский принцип утилитарности, то есть здраво понятой пользы, — вот закон внешней политики, закон отношений государства к государству. Тут нет места закону любви и самопожертвования. Не к месту примененный, этот высший нравственный закон принимает вид мистицизма и сентиментальности, как мы видели тому пример в блаженной памяти Священном союзе»¹ — пишет Н. Я. Данилевский в своем труде «Россия и Европа».

Международно-правовая норма может быть преобразована в норму внутригосударственного права путем ратификации, издания акта о применении международного договора или издания иного внутригосударственного акта. Однако данная трансформация не должна вести к превращению унифицированных норм в нормы национального права, они остаются нормами международного права. Унифицированные нормы специально создаются для регулирования определенных отношений в тех государствах, которые присоединяются к международному соглашению по унификации².

Нельзя не заметить, что в настоящее время наблюдается следующая тенденция в международном праве: государства передают часть своих полномочий, которые ранее считались неотъемлемыми атрибутами государственного суверенитета, в пользу создаваемых ими международных организаций. Таким образом, государства теряют признак полновластного суверена, заключающийся в том, что последний не связан принятыми законами, поскольку в любой момент может их изменить³, по отношению к государствам начинают применяться централизованные санкции. Практика международных отношений свидетельствует о том, что государства подчиняются решениям Совета Безопасности ООН, однажды согласившись отказаться от части своего суверенитета в интересах международного сообщества.

¹ Данилевский Н. Я. Россия и Европа. М.: Книга, 1991. С. 105.

² Бахин С. В. Сотрудничество государства по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): автореф. дис. ... докт. юрид. наук. СПб, 2003. С. 13.

³ Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. L., 1873. P. 98.

В то же время, нельзя и не отметить, что Совет Безопасности призван определять «существование любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии и решать, какие меры следует предпринять в соответствии с нормами Устава ООН для поддержания или восстановления международного мира и безопасности (ст. 39 Устава ООН).

В отдельной работе И. Кант представил проект вечного мира, который как таковой представляет собой общественный договор между суверенными государствами¹. Таким образом, субъектами права, которые могут заключать договор являются как отдельные лица, так и целые народы и государства, которые вступают в договорные отношения для заключения мира, сотрудничества и т.д. В связи с чем, получается триединство правового состояния: гражданство человека как представителя народа, гражданство как подданного государства и международное т.е. всемирное гражданство, связанное с заключением соглашения между государствами².

Одним из воплощений данной концепции является Европейский союз, который не стремится становиться единым государством и сохраняет суверенитет своих участников. В то же время, Европейский Союз обладает полномочиями, которые использует не по собственному праву, а на основании «ограничения власти отдельных государств», как это провозглашено в статье Лиссабонского договора³. Государства — члены Европейского Союза его образовали и определяют дальнейшую судьбу. Граждане государств, входящих в Европейский Союз, обладают предоставляемыми Союзом правами на всей его территории.

Право должно господствовать не только внутри государств, но и в их отношениях между собой. Данная идея демонстрирует концепцию общечеловеческого государства, тогда как отдельный индивид, так и целый народ не остаются в естественном (догосударственном) состоянии. В обратном же случае незаконность состояния выступает угрозой для остальных, в следствие чего они могут принудить его либо вступить в общественно-законное состояние, либо избавить остальных от такого соседства.

Таким образом, рассмотренный союз может являться современной интерпретацией неотягощенного нравственными обязательствами проекта вечного мира И. Канта, который как таковой представлял из себя общественный договор между суверенными государствами.

¹ Кант И. М. К вечному миру, 1795. [Электронный ресурс] / Режим доступа: <https://mybook.ru/author/immanuel-kant-2/k-vechnomu-miru/read/>

² Там же.

³ Лиссабонский Договор, изменяющий Договор о Европейском Союзе и Договор об Учреждении Европейского Союза (Лиссабон, 13 декабря 2007 г.) (2007/С 306/01) // СПС «КонсультантПлюс».

Галкин Иван Викторович

*доцент кафедры истории государства и права Московского
государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических наук*

Проблема обеспечения эффективной реализации законодательства в сфере защиты прав человека в Российской Федерации

...Между правами человека,
гражданина и лица нет абсолютной грани
И. Е. Фарбер

Введение. Довольно трудно опровергнуть тезис о том, что то — и только то — государство следует называть государством правовым, в содержании публично-властной деятельности которого возможно обнаружить выявление двух важнейших аспектов правопорядка. Данные аспекты по аналогии с правом в объективном или субъективном смысле можно называть объективной или субъективной стороной правопорядка в правовом государстве. Объективным аспектом деятельности правового государства следует считать наиболее последовательное связывание (с помощью правовых средств) политической власти, то есть юридической основой такого государства становится верховенство права (принцип законности в широком смысле), а также формирование для публично-властных структур государства режима правового ограничения. Субъективным аспектом правового государства должно становиться максимально возможное юридическое обеспечение прав и свобод человека или (в более узком смысле государственного или конституционного права) гражданина (подданного). Очевидной предпосылкой воплощения в жизнь указанных выше аспектов правопорядка становится принцип равенства всех субъектов правового общения перед законом и судом, и данный принцип является важнейшей гарантией социальной справедливости в правовом государстве.

Следует осознавать, что принимаемое и издаваемое компетентными в правотворческой деятельности органами публичной власти законодательство, в том числе и в сфере прав и свобод человека, может быть эффективным только при том условии, если создаваемые нормативно-правовые акты будут находить для себя соответствующий механизм реализации, без которого нормы даже самых «идеальных» законов или подзаконных актов оказываются лишь ничем не подкрепленной декларацией, то есть попросту фикцией. Более того, только неуклонная и точная реализация принятых в установленном порядке конституционно-правовых норм является самой действенной юриди-

ческой мерой, обуславливающей правовое регулирование в сфере прав и свобод человека в государстве, при отсутствии которой мы столкнемся с возникновением всевозможных деформаций правовой системы, вплоть до самой опасной — *аномии*. Таким образом, назрела объективная необходимость переноса центра тяжести с аналитического исследования нормативной базы, обеспечивающей соблюдение и защиту прав и свобод человека, на рассмотрение институциональной составляющей этого обеспечения, ибо целесообразно устроенные и эффективно работающие социально-политические институты «корректируют» воздействие даже тех правовых норм, которые могут быть и не вполне адекватными насущным потребностям социума.

À propos, для российской политико-правовой реальности сделалось уже вполне привычным, даже можно сказать традиционным явлением систематическая разработка и принятие правомерных и целесообразных с точки зрения правового регулирования и юридической техники нормативно-правовых актов, очевидная правовая ценность которых, однако, совершенно умаляется необязательностью их реализации. Подобное явление, неприемлемое в государстве, претендующем на звание правового, становится просто нетерпимым, когда речь заходит о такой немаловажной и весьма деликатной материи как права и свободы человека, коль скоро проблема соблюдения прав человека в конечном итоге касается всех категорий населения Российской Федерации, безотносительно к социальному статусу или материальному достатку отдельно взятого индивида. Именно поэтому целью данной статьи стал поиск действенных способов обеспечения эффективной реализации уже существующих правовых норм, то есть мы акцентируем внимание не столько на качестве нормативного материала актуального отечественного законодательства в области прав и свобод человека, сколько рассуждаем о возможности оптимизации его претворения в деятельности конкретных политических институтов современного российского государства.

§ 1. «Права человека, — полагал выдающийся отечественный ученый-правовед В. С. Нерсесянц, — это прежде всего признание правоспособности и правосубъектности человека. И по объему правоспособности и кругу субъектов права в разные эпохи можно судить о том, кого же *из людей* и в какой мере данная система права признает *в качестве человека, имеющего права*»¹. Каковы же были самые существенные этапы развития института прав человека и как изменялась мера правоспособности или правосубъектности личности и во всемирно-историческом масштабе, и в истории государства Российского?

Впервые в наиболее общей форме вопрос о естественных правах личности поставили еще древнеримские юристы, для которых есте-

¹ Нерсесянц В. С. *Философия права: учебник*. М., 2009. С. 142.

ственное правомочие лица есть не что иное как субъективное выражение всеобщего природного, то есть естественного права (*jus naturale*). Так, согласно мнению известного римского юриста Ульпиана, естественное право могло распространяться не только на людей, но даже и на животных. Отметим, что к предмету регулирования естественного права Ульпиан относит, в частности, заключение брака и воспитание детей, подчеркивая, что и дикие животные якобы обладают определенным осознанием подобного права (Дигесты 1.1.1.3). В дальнейшем весомый вклад в развитие идей естественного права личности внесли христианские богословы, ставшие теми мыслителями, стараниями которых были заложены принципиальные основы современных европейских (и не только) этики и права, признающих права и свободы человека одной из фундаментальных ценностей.

Выдающийся английский философ и политический мыслитель XVII века Джон Локк стал, пожалуй, тем первым представителем политико-правовой науки Нового времени, кто отчетливо *теоретически* сформулировал важнейшие неотчуждаемые (естественные права) права человека. Философ утверждал, что всякий человек в согласии с законом природы имеет субъективное право отстаивать свою собственность, то есть свою жизнь, свободу и имущество¹. Следует отметить, что именно обеспечение этих неотчуждаемых прав становится по Локку важнейшей целью «общественного договора», в результате заключения которого люди объединяются под властью государства и совершенноверяют свои судьбы в его могучие длани, получая взамен определенные гарантии своей безопасности. Однако закон природы, устанавливающий меру свободы и подчинения личности самой природе либо обществу, не перестает действовать и в государственном состоянии, ибо только этот закон определяет как права человека, так природу и пределы воздействия политической власти на человеческую личность и ее гражданские интересы. «Гражданскими интересами, — развязывая Джон Локк, — я называю жизнь, свободу, здоровье и отсутствие телесных страданий и владение такими внешними благами, как деньги, земли, дома, домашняя утварь и т.д.»².

Вполне закономерно, что именно Дж. Локку, то есть *британскому* политическому мыслителю, принадлежит теоретический приоритет в той сфере общественной и правовой мысли, которая связана с проблемой прав человека, ведь именно в Английском королевстве впервые были разработаны и приняты нормативно-правовые акты, *юридически* закрепившие процессуально-правовые гарантии государственной защиты элементарных прав человека, прежде всего во время

¹ См.: Локк Дж. Избранные философские произведения. М., 1960. Т. 2. С. 50

² См.: Там же. Т. 2. С. 145.

уголовного преследования. Таковыми документами явились Великая хартия вольностей (1215 г.), Петиция о праве (1628 г.), Habeas corpus act (1679 г.), а также Билль о правах (1689 г.), которые, однако, первоначально имели довольно узкий, преимущественно феодально-сословный характер. Со временем социальная база этих актов принципиально расширилась, и они приобретали все более демократическую и всесословную трактовку, став в конечном итоге фундаментом так называемой «неписанной конституции» Великобритании¹. Конечно, с высоты достижений современной государственно-правовой науки сформулированная Локком «триада» основных прав человека может показаться излишне обобщенной и мало наполненной конкретным юридическим содержанием, но если мы воспримем эту триаду прав в качестве основополагающих, «родовых» прав личности, имплицитно содержащих в себе все те будущие правовые идеи и нормы, которые были выработаны в данной области в ходе дальнейшего исторического развития правовой и общественной мысли, то нельзя не проникнуться всей значимостью политико-правовых идей именитого британца.

Век спустя основоположники североамериканской государственности станут восприемниками идей Дж. Локка о правах человека, но в духе воззрений эпохи Сентиментализма прекраснородушно подменяют слишком прозаическое на их взгляд (однако, безусловно, необходимое) «право на имущество» на романтическое (хотя и малосодержательное с точки зрения юриста-практика) «стремление к счастью»². Будучи республиканцами и демократами и выступая принципиально против абсолютной политической власти монархов, творцы и идеологи нового государства (в первую очередь Томас Джефферсон) в тексте Декларации независимости Соединенных Штатов Америки четко сформулировали, а главное — впервые *юридически* закрепили основные неотчуждаемые права человека³. Декларация независимости была принята 4 июля 1776 года, и именно эта дата считается днем рождения североамериканского государства. Поскольку первоначальный текст Конституции США (1787 г.) акцентировал внимание на механизме осуществления публичной власти в новоявленной федеративной республике, то вскоре назрела насущная необходимость в юридическом закреплении института прав и свобод человека. Добавленные конституционно-правовые нормы декларативного характера стали содержанием первых десяти поправок к американской конституции, приобретших широкую известность под названием Билля о правах

¹ См.: Права человека: учебник / отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 2011. С. 29–30.

² См.: Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / под ред. К. И. Батыра, Е. В. Поликарповой. Т. 2. М., 1996. С. 53.

³ Первоначальный вариант документа являлся Декларацией прав штата Вирджиния.

(1789–1791 гг.) и развивавших те идеи, которые содержались в британском Билле 1689 г. и Habeas corpus act'e 1679 г. При этом налицо явное несовпадение должного и сущего: нормы американского Билля о правах имели демократический и всесловный характер, однако важнейшая социально-экономическая проблема — рабство — была в этом документе обойдена и только лишь в XIII поправке к Конституции США (1865 г.) получает окончательное юридическое закрепление произошедшая уже фактически отмена рабства. Как бы то ни было, но первое в мировой истории нормативное закрепление прав человека в конституционных документах США трудно переоценить, особенно учитывая отдаленную историческую перспективу.

Важнейшим этапом в эволюции правового института прав человека стали нормативно-правовые акты времен Великой французской революции, и в первую очередь Декларация прав человека и гражданина, принятая 26 августа 1789 года. Юридическая техника данного документа находится на более высоком уровне, чем у американского Билля, и в этом, без сомнения, сказались многовековые традиции «континентальной» правовой мысли Западной Европы, находившейся под сильным воздействием рецепированного римского права. Кроме того, в данном документе нашли свое юридическое претворение политические идеи влиятельнейших идеологов французской революции — Ш.-Л. де Монтескье и Ж.-Ж. Руссо. К этим идеям следует отнести положение о необходимости законодательного ограничения естественных прав человека (прежде всего свободы) в целях обеспечения надлежащего общественного порядка, теорию общественного договора, объяснявшую причины возникновения государственности, а также учение о едином и неделимом по своей природе народном суверенитете. В Декларации прав человека и гражданина 1789 г. были закреплены следующие принципиальные естественно-правовые идеи:

1. Люди рождаются и остаются свободными и равными в правах. Общественные отличия могут основываться лишь на соображениях общей пользы.

2. Цель каждого государственного союза составляет обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека. Таковыми являются свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению¹.

Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г. оказалась столь выдающимся и всеобъемлющим достижением в сфере юридического закрепления прав человека, что с тех пор стала необходимой преамбулой к большинству французских конституций, вплоть до Конституции Пятой республики, принятой 4 октября 1958 года. Симптоматично заявление президента Франции Ф. Миттерана, сде-

¹ Первоначальный вариант документа являлся Декларацией прав штата Вирджиния. С. 85.

ланное им в 1989 г. по случаю 200-летней годовщины Великой французской революции: Декларация прав человека и гражданина 1789 года продолжает еще оставаться скорее землей обетованной, чем завоеванной территорией¹.

§2. Традиционно права и свободы человека считаются институтом конституционного права, хотя их значение и содержание выходят далеко за рамки одной этой отрасли, и права человека становятся достоянием, «собственностью» всех существующих отраслей права, и даже более того — их базовым принципом и приоритетной целью. Эволюция политических систем в XX веке происходила под перекрестным влиянием двух взаимосвязанных тенденций: под неуклонно растущим воздействием норм международного права, с одной стороны, а также увеличивавшимся влиянием создававшихся международных политических организаций, — с другой. Лига Наций (1919 г.), а затем и Организация Объединенных Наций (ООН) (1945 г.) стали важнейшими «наднациональными» международными институтами, принципиальной функцией которых является обеспечение и гарантии соблюдения прав и свобод человека.

Апогеем развития института прав и свобод человека в планетарном масштабе следует считать разработку и принятие целого пакета основополагающих юридических документов в сфере международного публичного права, какими явились Устав Организации Объединенных Наций (1945 г.), Всеобщая декларация прав человека (или Билль о правах) (1948 г.), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966 г.), Международный пакт об экономических, социальных и политических правах (1966 г.), Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979 г.), Декларация прав ребенка (1959 г.) — все перечисленные нормативные акты без всякого преувеличения имеют всемирно-историческое значение. В указанных декларациях, конвенциях и пактах конкретизируются те принципиальные положения о безусловной необходимости уважения прав человека и основных его свобод, а также абсолютного запрета всех форм дискриминации человеческой личности, которые в обобщенной форме были закреплены во Всеобщей декларации прав человека. Кроме того, в Международном пакте о гражданских и политических правах устанавливается весьма важная норма о том, что каждый отдельный человек имеет и определенные *обязанности* в отношении других людей или того коллектива, к которому он принадлежит, то есть подчеркивается необходимость корреспонденции прав и обязанностей индивида.

К указанным международно-правовым документам примыкает и известная Европейская конвенция о защите прав человека и основных

¹ См.: История государства и права зарубежных стран: учебник / под ред. К. И. Батыра. М., 2007. С. 389.

свобод (1950 г.), которая в дальнейшем была расширена и изменена рядом протоколов. Отметим, что Конвенцией предусматривается возможность направления индивидуальных жалоб в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ). Российская Федерация присоединилась к этому международно-правовому акту и дальнейшим его протоколам после процедуры ратификации в 1998 году. Следует также напомнить, что в 1976 году вступил в силу Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, который предусматривает возможность направления индивидуальных жалоб в Комитет по правам человека ООН. Этот Протокол также был ратифицирован Российской Федерацией и вступил в силу с 1 января 1992 года.

Сегодня принято говорить, как правило, о трех поколениях (генерациях) прав и свобод человека¹. Однако понятие «поколение» в данном случае имеет не столько временное, сколько политико-юридическое содержание, выражающееся в отнесении прав и свобод человека к индивидуальным, социально-экономическим или групповым (общественным) интересам. Так, к *первому поколению* относятся те индивидуальные гражданские и политические права и свободы, которые основываются на так называемых «либеральных ценностях» (свобода, равенство и справедливость) и создают реальные предпосылки для защиты личности от противозаконного вмешательства как со стороны государства, так и со стороны иных субъектов политического общения. К правам человека первого поколения традиционно относят следующие личные гражданские (политические) права: право на жизнь, свободу и физическую безопасность личности; право на свободу мысли, совести и вероисповедания; право на равенство перед законом и судом; право на свободу от необоснованного ареста, задержания или изгнания и тому подобные права, выражающие *негативную* свободу индивидов.

Права и свободы человека, составляющие *второе поколение*, являются следствием процесса многовековой борьбы широких слоев народных масс за повышение уровня своего материального благосостояния, за приоритетность социально-экономической составляющей в деятельности политических институтов общества, за широкую вовлеченность населения в культурную жизнь общества, за общее улучшение социального климата. К правам человека второго поколения, которые нередко называют *позитивными* правами, относят следующие социальные, экономические и культурные права: право на труд

¹ Следует отметить, что концепцию поколений прав человека впервые сформулировал французский ученый К. Васак. Как мы полагаем, разделение прав (и свобод) человека на три поколения носит преимущественно доктринальный характер, отражающий длительный путь развития данного института, ибо все права и свободы неразрывно связаны между собой и представляют определенное юридическое единство.

и свободный выбор работы; право на социальное обеспечение; право на отдых и досуг; право на защиту материнства и детства; право на образование; право на участие в культурной сфере общественной жизни. «Второе поколение прав человека, – согласно мнению Л. И. Глухаревой, – воплотило ценности социально ориентированного государства, привязало человека к государству, повысив патронажную роль последнего, особенно в отношении тех, кому грозит опасность в “океане свободы” либерального общества»¹.

Третье поколение прав и свобод человека, начавшее активно формироваться в период после окончания Второй мировой войны, включает в себя так называемые коллективные (или солидарные) права, которые порой также называют правами народов, поскольку они могут осуществиться только внутри какой-либо социальной общности. К третьему поколению прав и свобод относят такие фундаментальные политические ценности как право на мир, право на здоровую окружающую среду, право на развитие, право на общее культурное наследие человечества, право (наций) на самоопределение, право на осуществление публичной власти. «В последнее время группа прав третьего поколения несколько расширилась за счет включения в нее так называемых “новых” прав, которые появились в результате трансформации традиционных прав или как ответ на новые реалии общественной жизни. К ним стали относить права на эвтаназию, на возможность создавать семью однополыми людьми, на отказ от воинской службы, а также права различных категорий лиц: больных СПИДом, сексуальных меньшинств, лиц с физическими или психическими отклонениями и др. Перечень “новых” прав подвижен, он может расширяться за счет глобализации, природных и техногенных катаклизмов, научно-технического прогресса. Возможно, через некоторое время можно будет уже рассматривать права жертв терроризма, техногенных аварий, клонированных людей и др. Кроме того, развитие информационных технологий дало основание говорить о появлении нового, *четвертого поколения* прав человека, которое включает в себя право каждого человека на глобальные коммуникационные связи, создание внесоциального интернет-сообщества и тех прав, обязанностях и ответственностях, которые несет за собой формирование мирового информационного пространства»².

Таким образом, понятие «поколение прав человека» не только отражает период возникновения или, вернее сказать, момент нормативного закрепления каких-либо прав и свобод человека, но также определяет и тот конкретный вид или группу общественных отношений, где непо-

¹ Глухарева Л. И. Современные проблемы теории прав человека. М., 2004. С. 98.

² Конституционное право Российской Федерации: учебник для бакалавров / Г. Н. Комкова, Е. В. Колесников, М. А. Липчанская. М., 2013. С. 122.

средственно происходит воплощение этих прав в реальный правопорядок. Кроме того, вполне правомерен вывод о том, что каждый новый этап в развитии общемировых социальных процессов выдвигал и новое поколение прав человека, которое было призвано преодолеть неустойчивость ситуации и стабилизировать общественное развитие¹.

§ 3. Исторические условия развития российского государства мало способствовали раннему и всестороннему развитию правового института прав и свобод человека. С одной стороны, христианская религия (в ее православном обликии) стала высочайшим духовным выражением этической сферы *должного*. С другой стороны, абсолютистские тенденции в организации публичной власти, на фоне исторически излишне затянувшейся эпохи феодализма с остатками трудно поддававшегося окончательному изживанию крепостнического уклада, явились тем миром *сущего*, который не оставлял никакой возможности для поступательной эволюции социальных институтов и прежде всего — гражданского общества. Кроме того, некоторая замедленность культурного развития страны, провиденциальные причины коего здесь рассматривать неуместно, положила препятствие раннему развитию философской мысли в России, а значит, и такой ее важной области как философия политики и права. Тем не менее, российские мыслители оставили нам ряд ценных, интересных и актуальных *теоретических* соображений по поводу неотчуждаемых прав человека, в основном базировавшихся на концепции естественного права. К их числу следует причислить такие выдающиеся фигуры как А. Н. Радищев, Б. Н. Чичерин, С. А. Муромцев, М. М. Ковалевский, П. И. Новгородцев, В. С. Соловьев, В. А. Савальский, Н. А. Бердяев, И. А. Ильин, каждый из которых трактовал естественные права человека с самых различных философских, теоретических либо методологических позиций.

Впервые в российской истории ряд элементов правового института прав человека (вернее, подданного) был *юридически* закреплен в Манифесте об усовершенствовании государственного порядка от 17 октября 1905 года, где было высочайше провозглашено намерение «даровать населению незабываемые основы гражданской свободы на началах действительной неприкосновенности личности, свободы совести, слова, собраний и союзов»². Кроме того, данный Манифест качественно расширял электоральную базу Государственной думы и закреплял положение о том, что никакой закон не может приобрести юридической силы без одобрения Государственной думы, а у выборных от народа появилась действительная возможность участия

¹ См.: Права человека. Итоги века, тенденции, перспективы / рук. авт. колл. и отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 2003. С. 36.

² Хрестоматия по истории государства и права России / составитель Ю. П. Титов. М., 2002. С. 275.

в надзоре за законосообразностью действий органов исполнительной власти. Следующим важным шагом в развитии института прав человека в России становится Декларация Временного правительства от 3 марта 1917 года, очертившая более широкий круг основных личных и политических прав, среди которых указывались свобода слова, печати, союзов, собраний и стачек, с распространением политических свобод на военнослужащих в пределах допускаемых военно-техническими условиями. В данной Декларации также объявлялась отмена всех сословных, вероисповедных и национальных ограничений, вместе с проведением полной и немедленной амнистии по всем делам политическим и религиозным, в том числе и по террористическим покушениям, военным восстаниям, аграрным преступлениям и т.д.¹

Первая советская Конституция РСФСР 1918 г., которая была принята 10 июля 1918 года V Всероссийским Съездом Советов, стала и первой *писаной конституцией* в истории нашей страны. Следует подчеркнуть, что, несмотря на узкоклассовый характер данного документа, закреплявшего во многих своих установлениях положения марксистской концепции диктатуры пролетариата, значение самого факта принятия Основного закона государства трудно переоценить. Напомним, что в данном нормативно-правовом акте было отражено провозглашение РСФСР свободным социалистическим обществом всех трудящихся, декларирование социалистической природы советского федеративного государства, закрепление принципа диктатуры пролетариата и беднейших слоев крестьянства, установление системы советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов на всех уровнях во главе со Съездом Советов, отстранение от электорального процесса представителей так называемых «эксплуататорских классов».

Довольно высоким достижением отечественной правовой мысли следует признать Конституцию СССР 1936 г., которая была принята 5 декабря 1936 года на VIII Чрезвычайном Всесоюзном Съезде Советов, и она отразила в своих нормах политическую концепцию победы социализма². Следует отметить, что Конституция 1936 г. стояла на одном уровне с наиболее демократическими конституционными правовыми актами своего времени, в том числе и в сфере закрепления основных прав и свобод личности, а ее юридическая техника соответствовала самым высоким мировым стандартам, предъявляемым к документам такого рода. Здесь будет уместным привести характерное высказывание И. В. Сталина, сделанное им незадолго до принятия Конституции 1936 г., в котором он подчеркивал социальную направленность данного

¹ Хрестоматия по истории государства и права России / составитель Ю. П. Титов. М., 2002. С. 292.

² Конституция РСФСР 1937 года была принята в соответствии с Конституцией СССР 1936 года XVII Чрезвычайным Всероссийским Съездом Советов.

нормативно-правового акта: «Настоящая свобода имеется только там, где уничтожена эксплуатация, где нет угнетения одних людей другими, где нет безработицы и нищенства, где человек не дрожит за то, что завтра может потерять работу, жилище, хлеб. Только в таком обществе возможна настоящая, а не бумажная, личная и всякая другая свобода»¹.

Действительно, в тексте Основного закона СССР 1936 г. мы встречаем весьма прогрессивные для своего времени правовые положения, существенно расширявшие перечень основных прав и свобод советских граждан, а именно: право на труд, право на отдых, на материальное обеспечение в старости либо в случае потери трудоспособности, право на образование, право на неприкосновенность личности и жилища, право на тайну переписки. Кроме того, в Конституции 1936 г. нашли свое закрепление нормы о гендерном равенстве мужчин и женщин, о полном равноправии всех граждан СССР, независимо от их национальности и расы, о свободе совести и об отделении церкви от государства. Также Основным законом СССР устанавливались гарантии свободы слова, свободы печати, свободы собраний и митингов, свободы уличных шествий и демонстраций. Тем не менее, многие положения Конституции СССР 1936 г. имели фактически фиктивный характер, что указывает на серьезный *дефект институциональной реализации* конституционно-правовых норм, поскольку правовое регулирование в те годы нередко подменялось партийными директивами органов ВКП(б), а советское общество сотрясали все новые и новые волны массовых политических репрессий.

Конституция СССР 1977 года явилась следующим важным шагом в развитии института прав и свобод человека в нашей стране². Важнейшей причиной, побудившей к разработке и принятию нового Основного закона СССР, стали масштабные изменения в общественной жизни страны, а также желание правящей коммунистической элиты юридически закрепить концептуальную идеологию о победе так называемого «развитого социализма» в Советском Союзе. Пытаясь наметить круг основных черт Конституции СССР 1977 г., следует указать на полный отказ от принципа диктатуры пролетариата, закрепленного еще в Конституции РСФСР 1918 г., провозглашение СССР общенародным государством, установление руководящей и направляющей роли КПСС в обществе (статья 6), подтверждение социалистического характера эко-

¹ Беседа товарища Сталина с председателем американского газетного объединения «Скрипе-Говард Ньюспейперс» г-ном Роем Говардом 1 марта 1936 г. М., 1936. С. 18–19.

² Конституция СССР 1977 года была принята 7 октября 1977 года на Внеочередной 7-й сессии Верховного Совета СССР 9-го созыва; Конституция РСФСР 1978 года, которая соответствовала Конституции СССР 1977 года, была принята 12 апреля 1978 года на 7-й сессии Верховного Совета 9-го созыва.

номики. Кроме того, в данном нормативно-правовом акте мы находим ряд новелл в сфере закрепления основных прав граждан, к которым следует причислить право на охрану здоровья, право на жилище, право на пользование достижениями культуры, право участвовать в управлении государственными и общественными делами, вносить предложения в государственные органы, а также критиковать недостатки в их работе.

Следует отметить, что в статье 58 Конституции СССР 1977 г. впервые в истории советского конституционализма *de jure* предусматривалось право граждан на судебное обжалование действий должностных лиц, совершенных с нарушением закона, превышением полномочий либо ущемляющих права граждан, хотя реальный механизм осуществления данного права не был законодательно регламентирован, то есть не был установлен *de facto*. «В современной интерпретации *права человека* — это социальные возможности пользоваться материальными и социальными благами. В советском законодательстве впервые данное понятие было использовано в Конституции 1977 года. Права человека — это такие права, которые принадлежат каждому члену гражданского общества, в отличие от привилегий, распределявшихся в зависимости от занимаемого индивидом места на социальной лестнице. Права человека являются атрибутом каждой личности и всякого демократически организованного общества и входят в систему общечеловеческих ценностей»¹.

Действующая Конституция Российской Федерации, принятая на всенародном референдуме 12 декабря 1993 года, является на данном этапе развития российской государственности наиболее масштабным достижением в эволюции правового института прав и свобод человека и гражданина. Создатели российской конституции использовали теоретический и практический опыт мирового конституционного строительства, а также базовые международно-правовые акты, касающиеся прав и свобод человека, и закрепили в ней нормы, соответствующие трем поколениям прав человека. Глава 2 «Права и свободы человека и гражданина» следует в тексте Конституции РФ непосредственно после главы 1 «Основы конституционного строя», и положения указанной главы о правах и свободах человека могут быть изменены только в случае принятия нового Основного закона, что свидетельствует о приоритетном характере института прав человека в данном нормативно-правовом акте. В частях 2 и 3 статьи 17 Конституции РФ указано, что основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения, а осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, в чем заметно определенное воздействие на авторов текста Основного закона классической правовой доктрины юснатурализма.

¹ Конституционное право Российской Федерации: учебник для бакалавров / Г. Н. Комкова, Е. В. Колесников, М. А. Липчанская. М., 2013. С. 117.

Одной из принципиальных политико-правовых новелл Конституции Российской Федерации 1993 г. стало признание человека, его прав и свобод *высшей ценностью*, а в части 2 статьи 55 Конституции РФ закреплена следующая правовая гарантия соблюдения прав человека: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина». Кроме того, был установлен строгий и закрытый перечень оснований для ограничений прав и свобод человека в Российской Федерации. Таким образом, впервые в истории отечественного конституционализма личные, социально-экономические, политические и культурные права и свободы человека (гражданина) были закреплены и гарантированы с такой исчерпывающей полнотой и ясностью.

§ 4. В правовом и демократическом государстве базовой юридической гарантией соблюдения прав человека является какой-либо основополагающий нормативно-правовой акт, обычно называемый *основным законом* государства либо *конституцией* (от лат. *constituere* — сооружать, строить, устанавливать, учреждать). Подобный нормативно-правовой акт, устанавливающий и закрепляющий основы государственного строя, в первую очередь форму правления, территориальное устройство страны, тип политического режима, а также принципы народного суверенитета (в демократических государствах), обладает высшей юридической силой и наибольшим политическим потенциалом, источником которого становится факт легитимации Основного закона общим волеизъявлением народа в результате осуществленного конституционного плебисцита, воплощающего в жизнь демократические принципы прямой, непосредственной формы народовластия¹. В свою очередь, социальный потенциал конституционных актов всегда значителен по той причине, что в них содержатся не только правовые нормы, но и нормы морали, достаточно объективно отражающие действительный уровень развития общественной нравственности.

Однако зададимся вопросом, что является гарантией высшей юридической силы самих конституционных актов, если конституции — это нормативно-правовые акты, состоящие *par excellence* либо из норм-дефиниций, либо из норм-деклараций, либо из норм принципов, и они как таковые практически полностью лишены автономного механизма, устанавливающего процедуру наложения правовых санкций? Приходит на ум только один ответ: реальным юридическим обеспечением эффективного воздействия конституционных актов на осуществление правового регулирования может стать только *механизм прямого действия* норм самих конституций. Кроме того, закрепленный

¹ Таким образом плебисциты становятся своеобразным претворением теоретических установок Ж.-Ж. Руссо об общественном договоре и народном суверенитете в условиях современной политической реальности.

в большинстве конституций демократических стран принцип разделения властей служит весомой правовой гарантией против концентрации всей полноты политической власти в какой-либо из властных ветвей (в первую очередь в руках исполнительной власти) – разумеется, если этот принцип не является простой декларацией.

Российская Конституция 1993 г., как было уяснено выше, вполне соответствует современным мировым стандартам в области законодательной регламентации прав и свобод человека и адекватна требованиям, обычно предъявляемым к документам подобного рода с точки зрения юридической техники. Однако профессор Л. А. Морозова подчеркивает, что, вопреки закреплённой в Конституции РФ политической обязанности государства соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина, отношения между государством и личностью не являются равноправными, а следовательно, и справедливыми¹. Таким образом, проблема заключена совсем не в качестве юридической техники нормативного материала Основного закона Российской Федерации, которое является довольно высоким, а проблема видится скорее в надлежащем институциональном обеспечении эффективной реализации уже имеющихся базовых конституционно-правовых норм.

Учитывая все вышеизложенное, мы переходим к конкретным *предложениям и рекомендациям* по обеспечению эффективной реализации законодательства в сфере защиты прав человека в Российской Федерации.

• Поскольку, как мы указывали выше, важнейшей юридической гарантией соблюдения прав человека во всяком демократическом государстве является *механизм прямого действия конституционных актов*, то следует с совершенной ясностью и недвусмысленностью регламентировать правовое регулирование прямого действия норм конституции, ибо даже самый совершенный с точки зрения юридической техники документ не является гарантией от пренебрежительного отношения публично-властных институтов к правам конкретного человека и гражданина. Более того, в реальности прямое действие Конституции РФ зачастую становится не более чем простой декларацией, не подкреплённой никаким действительным механизмом правового регулирования. Эффективной мерой против указанного зла могло бы стать принятие особого нормативно-правового акта, закрепляющего и конкретизирующего механизм прямого действия норм Основного закона Российской Федерации, и данный документ должен обладать довольно высокой юридической силой².

¹ См.: Морозова Л. А. Проблемы правовой ответственности государства, его органов и служащих: материалы «круглого стола» // Государство и право. 2000. № 3. С. 23.

² Для этого было бы весьма желательно придать данному нормативно-правовому акту статус Федерального конституционного закона (ФКЗ).

Нормативно-правовой акт о прямом действии конституционно-правовых норм должен быть составлен таким образом, чтобы у лиц наделенных правоприменительной функцией не могло бы в принципе оставаться вопросов, является ли тот или иной юридический казус основанием для реализации прямого действия норм конституции. Кроме того, подобный законодательный акт может быть полезным и для самого широкого круга лиц, использующих свое право, или для лиц, считающих, что предоставленные им Конституцией РФ права и свободы были кем-либо нарушены. По нашему мнению, в этом нормативно-правовом акте следует сделать особый акцент на безусловную необходимость соблюдения норм 1-ой и 2-ой глав Конституции РФ 1993 г., в которых закреплены идеи народного суверенитета и ценности всякой человеческой личности, а также необходимо особо подчеркнуть принципиальное значение статьи 18 Конституции РФ, устанавливающей положение о том, что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. В преамбуле закона о прямом действии конституционно-правовых норм следует указать его основные цели и задачи, а также очертить тот наиболее широкий круг общественных отношений, на который должен быть направлен этот конституционно-правовой акт. В тексте документа следует сформулировать так называемые отсылочные правовые нормы, которые конкретизируют возможность наложения определенных санкций на нарушителей конституционных норм, поскольку нормы публично-правовых отраслей должны быть приведены в полное соответствие с нормативными положениями данного закона.

• Другой эффективной мерой совершенствования института прав человека в Российской Федерации может стать *расширение избирательных прав граждан* — как активных (избирать), так и пассивных (быть избранным), ибо только в момент выборов лицо, обладающее статусом гражданина, обладает и наивысшей мерой политической правосубъектности. По мнению профессора В. А. Черепанова, исходящего из конституционной модели народовластия, при изменениях законодательства, расширяющих или ограничивающих избирательные права граждан Российской Федерации, то есть при расширении или ограничении правовых возможностей граждан участвовать в высшем непосредственном выражении власти народа, которое называется выборами, происходит и определенное изменение уровня демократии в стране. Кроме того, конституционные нормы позволяют федеральному законодателю *ограничивать* и запрещают *отменять* либо *уменьшать* избирательные права российских граждан, однако в Конституции РФ не разъяснено, что такое умаление права и в чем его отличие от ограничения права. Разумеется, преодолеть указанные недостатки ограничения избирательных прав граждан лишь путем принятия еще одного закона и чисто формального закрепления в нем принципа со-

размерности (пропорциональности) и запрета на вторжение в существо права просто невозможно¹.

С другой стороны, хорошо известно, что отечественные властные элиты весьма чувствительно относятся к любому расширению электоральных прав граждан, особенно на местном уровне, поскольку именно здесь возникает реальная угроза появления «со стороны» новых, внесистемных игроков, этаких «темных лошадок» актуальной российской политики. Тем не менее, расширение субъективного избирательного права всех граждан, которое, помимо базового активного и пассивного избирательного права, включает в себя право участвовать в выдвижении кандидатов, их списков, в предвыборной агитации, в наблюдении за проведением выборов, в работе избирательных комиссий, включая и установление итогов голосования, а также окончательное определение результатов выборов – все это является необходимой гарантией соблюдения всех прочих прав и свобод каждого индивида, коль скоро таковой обладает реальными электоральными правами, а следовательно, действительно влияет на политические процессы в своем государстве.

• Еще одной весьма важной мерой обеспечения института прав человека в нашей стране следует признать совершенствование законодательства, регламентирующего деятельность такого важнейшего правозащитного политического института, каким является *Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации* (действует с 1994 г.) или *омбудсмен*². Введение должности Уполномоченного по правам человека в РФ, а также и принятие Федерального конституционного закона от 26.02.1997 №1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации», регламентирующего его компетенцию и намечающего сферу его правозащитной деятельности, было предусмотрено пунктом «д» статьи 103 Конституции РФ. Подчеркнем, что Уполномоченный по правам человека, назначаемый на должность Государственной Думой РФ и являющийся, как правило, довольно авторитетным и заметным деятелем правозащитного движения в своей стране, не обладает, однако, никакими конкретными публично-властными полномочиями. Тем не менее, российский омбудсмен, находящийся в *mainstream*'е международного правозащитного движения, обладает достаточным авторитетом, позволяющим ему эффективно реагировать на случаи нарушения прав человека в Российской Федерации. На наш взгляд, следует произвести *усиление и централизацию* аппарата Уполномоченного по правам человека в РФ, то есть повысить уровень инсти-

¹ См. подробнее: *Черепанов В.А.* О допустимых пределах ограничения избирательных прав граждан // Вопросы правоведения. 2014. № 1(23). С. 48–66.

² Термин «омбудсмен» (Ombudsman) вошел в юридический тезаурус многих стран мира из семьи скандинавского права, так как пост омбудсмена впервые был учрежден еще в 1809 году в Швеции.

туционализации данного органа с целью осуществления им более масштабной и интенсивной правозащитной политики. С другой стороны, существует насущная необходимость в увеличении степени доступности данного правозащитного органа для самых широких слоев населения Российской Федерации. С этой целью надлежит организовать обширную сеть постоянных приемных Уполномоченного по правам человека во всех без исключения регионах и субъектах Российской Федерации, а также произвести полное подчинение органов региональных омбудсменов единому общероссийскому омбудсмену, который бы осуществлял общий контроль и координацию их правозащитной деятельности¹.

Исходя из вышесказанного, следует отметить, что выделение отдельных, обособленных правозащитных органов (омбудсменов), таких как, например, Уполномоченный по правам ребенка в Российской Федерации при Президенте РФ (должность учреждена в 2009 г.), не является целесообразным, поскольку правозащитная деятельность на федеральном уровне должна быть сконцентрирована в руках единого органа и иметь транспарентный характер². Кроме того, расширение полномочий какой-либо группы населения не должно идти вразрез с интересами других групп населения, а в данном случае происходит искусственное противопоставление интересов ребенка интересам его родителей, что вряд ли способствует укреплению института семьи, ибо любые вмешательства в структуру такого фундаментального социального института, каким является семья (элементарная ячейка общества!), всегда чреваты явлениями общественной дестабилизации. По нашему мнению, права детей могут быть гораздо эффективнее гарантированы общим совершенствованием отечественной правоохранительной системы, нежели деятельностью какого-либо обособленного правозащитного органа, поскольку незначительные конфликты между членами семьи могут погасаться внутри самой семьи и без вмешательства со стороны органов публичной власти, а серьезные межличностные конфликты в семье становятся предметом для разбирательства правоохранительными органами или судами общей юрисдикции и также не нуждаются во вмешательстве каких-либо сторонних должностных лиц.

Учреждение отдельной должности Уполномоченного по правам ребенка стоит в одном ряду с рецепцией зарубежного опыта организации особых органов так называемой «ювенальной юстиции». Необходимость

¹ Однако следовало бы по возможности сохранить существующий порядок финансирования омбудсменов субъектов РФ за счет средств местных (региональных) бюджетов.

² Интересно отметить, что довольно быстро аналогичная должность была учреждена в 70-ти субъектах РФ, хотя рамочный федеральный закон № 501-ФЗ «Об уполномоченных по правам ребенка в Российской Федерации» был принят только 27 декабря 2018 года.

организационного обособления ювенальной юстиции обуславливается ее отечественными апологетами тем обстоятельством, что по сравнению со взрослым индивидом несовершеннолетний обладает ограниченной дееспособностью, меньшей свободой в передвижении или в распоряжении своим имуществом, являющихся следствием психофизиологической незрелости ребенка¹. «Распространение омбудсманов по правам детей, – отмечает М. Т. Тимофеев, – обусловлено преимущественно факторами наднационального порядка, в первую очередь принятием Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. Идея особой защиты прав детей на национальном уровне реализовывалась и до этого (в Швеции — в качестве неправительственной инициативы в 70-х гг., в Норвегии — посредством законодательного учреждения института омбудсмана (*Barneombudet*) в 1981 г.), но именно конвенция оказала решающее влияние на распространение института омбудсмана по защите прав детей. Статья 4 конвенции закрепила общее позитивное обязательство государства по созданию законодательных, административных и иных гарантий осуществления прав, в ней провозглашенных. В ответ на эти требования государства стали учреждать специальные институты: детские омбудсмены были введены, в частности, во Французском и Фламандском сообществах Бельгии (1991 и 1997 гг.), в Швеции (1993 г.), во Франции (2000 г.), в Ирландии (2002 г.). В ряде стран омбудсмены по правам детей существуют только на уровне муниципалитетов или (в федерациях) на уровне субъектов федерации»².

Разумеется, требование привилегированного социального статуса для детей и режима особого правового регулирования их общественного положения не вызывает ни малейшего сомнения, но данное требование не является еще достаточным основанием для выделения некоей обособленной правозащитной структуры, занимающейся исключительно интересами несовершеннолетних, поскольку, исходя из такой логики, вполне допустимо потребовать введение отдельных должностей омбудсменов (либо даже создание особых юстиций) по правам мигрантов, инвалидов, психических больных, или даже хронических алкоголиков и наркоманов как категорий населения, также обладающих теми или иными ограничениями в своей дееспособности. По всей видимости, заимствование чужого, пусть даже в чем-то и успешного опыта, должно всегда идти рука об руку с социальными и культурными установками собственного общества, а организация должности Уполномоченного по правам ребенка вкупе с системой органов специализированной юве-

¹ См. например: Удод Д. Д. Внедрение элементов ювенальной юстиции в Москве и Московской области // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 2(19). С. 444–455.

² Тимофеев М. Т. Институт омбудсмана в Великобритании и Ирландии: контроль, основанный на сотрудничестве. М., 2006. С. 23.

нальной юстиции, базирующихся на предпосылке дифференциации интересов детей и их родителей, противоречит традициям общественного и семейного уклада России. Более того, следует *не множить* новые малоавторитетные бюрократические структуры, а *объединить* уже имеющиеся партикулярные правозащитные организации под эгидой *единого института* Уполномоченного по правам человека в РФ, в аппарате которого могут быть выделены отдельные департаменты, в зависимости от социально-политической конъюнктуры текущего момента, а также создана целостная и мощная материальная база для реализации масштабной правовой защиты населения. Такими департаментами могут стать правозащитные отделы, занимающиеся правами несовершеннолетних лиц, женщин, инвалидов, предпринимателей, заключенных, участников боевых действий, мигрантов, беженцев и т.п. Необходимо также подчеркнуть и то колоссальное значение, которое приобретает деятельность омбудсменов во время массовых беспорядков, террористических актов и особенно военных конфликтов, когда первостепенной задачей становится защита прав человека в зоне боевых действий, в том числе и обеспечение безусловных гарантий личной безопасности и для мирных жителей, и для так называемых некомбатантов¹.

• Действенной гарантией развития института прав человека в Российской Федерации на «низовом» уровне является укрепление и совершенствование политического института *местного самоуправления*, который создает необходимые предпосылки для построения правового государства «снизу», на основе осуществления децентрализации и вовлечения широких слоев населения в политический процесс. Деятельность органов местного самоуправления становится политической гарантией претворения в жизнь принципов общего блага, демократии, разделения ветвей власти, народного суверенитета, а это становится порукой развития института права человека в нашей стране². Президент Российской Федерации В. В. Путин в своем Послании Федеральному Собранию от 12 декабря 2013 г., в котором им были намечены основные перспективы развития института местного самоуправления в соответствии с требованием времени, указывал, что местная власть должна быть устроена таким образом, чтобы любой гражданин, об-разно говоря, мог дотянуться до нее рукой³.

¹ См. подробнее: Булавина М.А. Тенденции развития института прав человека в Российской Федерации // Вестник Московского государственного открытого университета. Серия: Экономика и право. 2013. № 3. С. 48–55.

² См. например: Медведев А.И. Местное самоуправление в условиях формирования гражданского общества и правового государства: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Волгоград, 2000.

³ Подробнее см.: Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 12 декабря 2013 года // <http://www.kremlin.ru>.

Одним из действенных способов воплощения в жизнь наказов Президента РФ могло бы стать законодательное закрепление возможности создания на уровне местного самоуправления особых общественных (в российской традиции «земских») *комитетов по правовой защите населения*, важнейшей функций которых явился бы контроль над соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Подобного рода комитеты должны формироваться на пропорциональной основе из представителей общественности, различных профессиональных групп или независимых специалистов (экономисты, юристы, педагоги, психологи, работники организаций здравоохранения и социального обеспечения, экологи, представители СМИ, предприниматели и т.д.), а также из представителей органов местного самоуправления и депутатов местных законодательных собраний. Обязанности по созданию указанных комитетов и организации материальной основы их функционирования должны быть возложены на местные администрации, деятельность которых должна стать, в свою очередь, подконтрольной для этих общественных комитетов. Кроме того, общественные комитеты должны иметь постоянные контакты с региональными приемными Уполномоченного по правам человека в РФ, с органами Общественной палаты РФ и органами региональных общественных палат, а также располагать непосредственной связью с Советом по правам человека при Президенте РФ, что открывает возможности для усиления поддержки деятельности комитетов и увеличения меры информированности правозащитных органов всех уровней. Желаемым общественным результатом политической деятельности данных комитетов могла бы явиться ширококомасштабная децентрализация публичной власти, а в перспективе и возможность возвращения к традиционному для нашей страны институту земств в качестве сущностного ядра подлинно демократического территориально-политического устройства российского государства.

- Одной из важнейших мер обеспечения эффективной реализации законодательства в сфере защиты прав человека следует признать рекомендации, направленные на совершенствование *правового воспитания* и повышение общего уровня *правовой культуры* всех категорий населения. В наше время многими политиками и общественными деятелями дается немало число различных рекомендаций по вопросу оптимальной организации патриотического воспитания личности. Однако существует безусловная необходимость, наряду с патриотическим воспитанием, организовать и правовое воспитание населения в духе уважения естественных, неотъемлемых прав и свобод человека, коль скоро всякий индивидуум принадлежит не только к какому-либо конкретному гражданству (подданству), но и в не меньшей мере — ко всему человечеству в целом. Более того, права человека оказываются центральным предметом правовой педагогики, поскольку есте-

ственные права — инвариантные установления, присущие человеку и как природному, и как разумному существу. В самом деле, человеческое достоинство, ценность человеческой личности, а в конечном итоге и ценность самой жизни человека не должны подвергаться ни малейшей девальвации даже во времена масштабных социальных кризисов, сопровождающихся полным сломом и коренным переустройством всей политической (и правовой) системы государства.

Для современной российской политико-правовой действительности характерно такое опасное явление как стойкая деформация правового сознания, которое в равной мере может выражаться и в правовом идеализме, и в правовом нигилизме¹. Первостепенной важности целью правового воспитания должно стать преодоление тенденций так называемого *правового нигилизма* (или его более «слабой» формы — правового скептицизма), опасность которого велика именно в сфере прав человека. К сожалению, следует констатировать, что данное явление пустило слишком глубокие корни в современном российском обществе, за годы царящего в стране идеологического плюрализма порядком растерявшего ясные этические и политические ориентиры².

Однако не менее опасным явлением следует считать и *правовой идеализм*. Его опасность заключается в том, что абсолютизация роли права, вера в его всевластие приводит к тем более глубокому разочарованию в нем, чем более глубоким было доверие личности к могуществу права изначально. Можно припомнить, как в конце 80-х годов происходило закрепление на законодательном уровне ускорение темпов социально-экономического развития, улучшение жизненных условий и экономического уровня жизни населения, полное искоренение таких социальных явлений как алкоголизм и наркомания, расширение и углубление демократизации общества, установление гласности и многое другое. Тем не менее, действительные результаты не оправдали ожиданий законодателей и реформаторов периода Перестройки. Отсюда становятся легко объяснимыми те явления социального негативизма, которые захлестнули в последние десятилетия вначале советскую, а затем и уже и постсоветскую, российскую общественность в процессе демонтажа советской и конструирования новой политической системы современной России и которые были непосредственно связаны со сменой образа жизни широких масс населения, а также глубоким кризисом социалистической идеологии³.

¹ См. например: *Петров В. Р.* Деформация правосознания граждан России: проблемы теории и практики: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2000.

² См. например: *Гулина О. Р.* Исторические корни и особенности правового нигилизма в современной России: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Уфа, 2002.

³ Подробнее см.: *Матузов Н. И.* Правовой нигилизм и правовой идеализм как явления российского политического менталитета // *Право и жизнь*. 2002. № 4 (47).

Для того чтобы уменьшить степень распространения и конкретного вреда существующих форм деформации общественного правосознания, необходимо разработать и закрепить на законодательном уровне систему правового воспитания и правового образования, которая должна охватить все этажи народного просвещения в России. Правовое воспитание в духе уважения к праву вообще и к институту прав человека в частности должно стать гуманистической основой эффективной работы механизма правового регулирования, в первую очередь в конституционно-правовой сфере. Следует разработать нормативно-правовые акты, устанавливающие содержание и порядок преподавания образовательных курсов, которые имели бы своим предметом права и свободы, а также юридические обязанности человека и гражданина. Подобного рода курсы вполне могли бы войти в программу российских высших учебных заведений, а также средних специальных и общеобразовательных учреждений (в старших классах). Кроме того, следует уделять самое пристальное внимание и средствам массовой информации (СМИ), влияние которых на формирование общественного мнения, а следовательно, и на правовое сознание всех социальных страт, трудно переоценить.

Подытоживая вышесказанное, подчеркнем особо, что смысл правовой педагогики не должен сводиться к воспитанию народных масс в духе слепого пиетета перед всемогуществом государства или каких-либо конкретных властей предержащих персон. Результатом правильно организованной системы правового воспитания и образования должна стать такая правовая идеология (или даже шире — правовой климат в обществе), которая в полной мере выразит и утвердит в общественном сознании идею о неповторимости и ценности каждой человеческой личности, а priori обладающей полной правосубъектностью, то есть природной совокупностью всех полагающихся ей для достойного существования прав, свобод, а также необходимых и осмысленных индивидом обязанностей перед обществом и государством. Более того, создание подобной правовой идеологии должно предшествовать созданию конкретных правозащитных институций, подобно тому как возникновение жизни в виде геохимического процесса предшествовало появлению отдельных биологических организмов на Земле. Речь идет о новом способе организации всей *правовой жизни* общества, фактически о новой правовой культуре, то есть о новом типе правопонимания, о новых правовых средствах решения социальных проблем и снятия противоречий, новом юридическом мировоззрении, однако для эффективного функционирования вновь учреждаемых социальных институтов необходимо предварительно создать соответствующие условия, то есть создать благоприятную общественную среду¹.

¹ См. например: *Малько А. В.* Категория «правовая жизнь»: проблемы становления // Государство и право. 2001. № 5. С. 5–13.

• Последними в нашем перечне рекомендаций по обеспечению эффективной реализации законодательства в сфере защиты прав человека, но далеко не последними по своей значимости становятся рекомендации, связанные с международно-правовыми политическими институтами, которые служат и нормативными гарантиями соблюдения прав и свобод человека, и инструментами, осуществляющими международно-правовое регулирование. Поскольку Российская Федерация (как и всякая другая страна) является частью единого мирового сообщества, а также одним из видных участников глобального геополитического процесса, то становится жизненной необходимостью дальнейшее расширение и углубление *международного сотрудничества* в области прав человека. Такое международное сотрудничество становится не только весомой гарантией защиты института прав человека, но является безусловно необходимым в современном мире, переживающем исполненный противоречиями момент воздействия процесса глобализации на большинство сфер общественной жизни отдельных стран, ибо времена «закрытых государств» в духе И.-Г. Фихте давно уже канули в Лету. Основные направления международной и внутригосударственной защиты прав и свобод человека разграничиваются, как правило, следующим образом: на международном уровне разрабатываются международные стандарты в области прав человека и действуют международные контролирующие органы, надзирающие за их соблюдением; на национальном уровне государства приводят свое законодательство в соответствие с международными требованиями и стандартами, а также гарантируют их неукоснительное соблюдение.

В статье 17 части 1 Конституции РФ указывается, что в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией. Кроме того, в статье 15 части 4 Конституции РФ мы находим положение о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, и это довольно весомая гарантия соблюдения прав человека и гражданина. «Современным международным общественным мнением, актами международного права они рассматриваются как неотъемлемые, присущие человеку от рождения, а на все государства возлагается моральная (и не только) обязанность гарантировать их. Права человека внетерриториальны и вненациональны, их признание, соблюдение и защита ныне не являются только внутренним делом того или иного государства. Права человека давно стали объектом международно-правового регулирования»¹. Таким об-

¹ Теория государства и права: учебник для вузов / под общ. ред. проф. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 466–467.

разом, не вызывает сомнения необходимость дальнейшей планомерной имплементации норм международного права в области защиты прав и свобод человека действующим отечественным законодательством.

Однако совершенно очевиден и тот факт, что на международно-правовое регулирование оказывает самое непосредственное влияние актуальная международная политическая обстановка, которую приходится учитывать всем субъектам глобальной политики. Более того, в нашей стране имеет хождение известное правопонимание, накладывающее на процедуру имплементации норм международного права ограничительные рамки: слишком широкое заимствование норм международного публичного права может становиться легальным путем для вмешательства во внутренние дела российского государства и тем самым ограничивать государственный суверенитет. Здесь также встает во весь рост проблема правосубъектности индивида в сфере международных публично-правовых отношений, важнейшим аспектом которой становится трудноразрешимая на данном историческом этапе дилемма о том, что является приоритетной ценностью — права и свободы человека или абсолютный суверенитет государства? Разумеется, защита прав и свобод человека и гражданина должна быть в первую очередь обеспечена с помощью внутригосударственного публично-властного механизма, и прежде всего с помощью правоохранительной деятельности органов судебной власти. Тем не менее, если в каком-либо государстве отсутствуют независимые и объективные органы юрисдикции, а также, если органы и других ветвей государственной власти не в состоянии обеспечивать адекватную и эффективную правовую защиту личности, то всякий индивидуум имеет полное право обратиться в такие авторитетные международные правозащитные организации как Комитет по правам человека при ООН или Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ). Кроме того, на страже прав и свобод человека стоят и такие весьма влиятельные в мировом сообществе международные контролирурующие органы как Верховный комиссар ООН по правам человека или Комиссия ООН по правам человека, которая 15 марта 2006 г. была преобразована в Совет по правам человека, являющийся в настоящий момент вспомогательным органом Генеральной Ассамблеи ООН.

Вместе с тем внутринациональное законодательство нередко демонстрирует эффект «запаздывания» в процессе адаптации тех значимых юридических новелл, которые появляются на международно-правовой арене, чему способствуют как объективные, так и субъективные факторы. Говоря о ситуации сложившейся в отечественной правовой системе, отметим фактическую недостаточность существующих средств механизма правового регулирования для исполнения решений, принимаемых международными правозащитными организациями, в том числе и органами международной юрисдикции (такими

как ЕСПЧ). Таким образом, надлежит направить всесторонние усилия не только на дальнейшую имплементацию норм международного права в сфере прав и свобод человека, но и на разработку и принятие таких отечественных законодательных актов, которые бы регламентировали и гарантировали внутригосударственную реализацию решений международных правозащитных органов и закрепили бы конкретный публично-властный механизм исполнения решений указанных международных институтов Российской Федерации.

Заключение. Общеизвестно, что этико-юридическую категорию общего блага можно представить в виде своеобразной системы, состоящей из четырех основополагающих элементов: свободы, равенства, справедливости и любви. Все указанные элементы общего блага находят в той или иной мере свою юридическую объективацию в конституционно-правовом институте прав и свобод человека (и гражданина) как важнейшем средстве манифестации автономной личности Нового времени. В свою очередь, *правовое государство* призвано стать главным гарантом и заступником неотъемлемых прав и свобод человека, которые выступают одновременно и средством, и целью развития всякого цивилизованного общества, а значит, и его важнейшего политического, публично-властного института — государства. «Выступая в качестве своеобразного эталона современного государственного образования, правовое государство, — отмечает профессор М. Н. Марченко, — так же как и все иные государственные образования, неразрывно связано с правами человека и оказывает постоянное воздействие на них. Впрочем, так же как и наоборот. Независимо от того, о каких правах человека, а тем более гражданина, чей статус ассоциируется с «принадлежностью» к государству, идет речь, вся история их становления и развития неизбежно связана в той или иной степени с государством и соответственно с непрерывным на него влиянием»¹.

Вместе с тем само правовое государство должно явиться лишь ничем иным как политической базой для строительства *социального государства*, каковое в свою очередь станет институциональной основой для созидания будущего *государства (общества) всеобщего благоденствия*, в полной мере воплощающего в жизнь все элементы категории общего блага. Более того, известные из исторического опыта ряда стран попытки построения социального (вернее, социалистического) государства, минуя стадию построения государства правового, оборачиваются в действительности созданием максимально централизованной и направленной на собственное воспроизводство командно-административной системы, в основе которой лежит тотальная бюрократизация всех институтов публичной власти при полнейшем

¹ Марченко М. Н. Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование): учебное пособие. М., 2015. С. 373.

отсутствии идеологического плюрализма. «Таким образом, реализация идеи государства всеобщего благоденствия содержала угрозу для демократического характера государства, поскольку становилось все труднее сохранять ответственность бюрократии перед общественностью и представительными органами власти»¹. Отсюда следует, что совершенно невозможно построить подлинное социальное государство, в фундаменте которого уже не находились бы элементы правового государства, закладывающие необходимую институциональную и нормативно-регулятивную базу для возникновения новых форм общественного бытия.

В наше время нередки взволнованные речи о проблеме отсутствия актуальной, единой, целостной, положительной, а самое главное – конструктивной идеологии в современном российском обществе. По нашему мнению, подобной идеологией сегодня смогла бы выступить идеологема государства (общества) всеобщего благоденствия, ибо такого рода идеологическая парадигма способна наполнить конкретным, перспективным, позитивным и, несомненно, конструктивным жизненным содержанием бытие всех социальных и политических институтов нашего общества, и не в последнюю очередь – институты публичной власти. Кроме того, такая созидательная идеология пробудила бы те молодые, свежие и совершенно неведомые нам силы, которые покуда еще дремлют в недрах нашего отечества, ибо, как полагал наш знаменитый соотечественник, выдающийся ученый-юрист П. И. Новгородцев, «нужно понять, что для создания новой России нужны новые духовные силы, нужны воспрянувшие к новому свету души»². И у нас нет ни малейшего сомнения, что вряд ли смогут возникнуть какие-либо предпосылки для кристаллизации новых форм бытия российской общественности без всесторонней опоры общества на институт прав и свобод человека, всегда создающий тот нравственно здоровый и подлинно гуманный социальный климат, при котором человеческая жизнь объявляется, но главное – становится наивысшей ценностью и смыслом всего общественного бытия. Ergo, права человека выступают тем реальным и эффективным социальным регулятором, который направляет и упорядочивает деятельность всех социальных и политических институтов на обеспечение всемерного содействия полноценной жизненной и творческой реализации каждой человеческой личности.

¹ Тимофеев М. Т. Указ. соч. С. 14.

² Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 576–577.

Борисова Наталья Евгеньевна

*профессор кафедры государственно-правовых дисциплин
школы права Института права и управления
Московского городского педагогического университета,
доктор юридических наук*

Законодательство о детях: проблемы устойчивого развития

Развитие законодательства о детях напрямую связано с темой защиты прав ребенка и имеет богатую историю. Актуальные вопросы реализации и защиты законных интересов и прав ребенка являются одними из самых непростых и трудноразрешимых в юридической практике. В свою очередь, особенность и специфика правового положения несовершеннолетних общепризнаны, что, собственно, и порождает необходимость повышенного внимания к одной из наименее защищенных категорий населения.

В отношении ребенка понятие «защита» применяется в его широком значении, включая закрепление необходимых для подрастающего поколения прав и свобод, механизм их реализации и, разумеется, конкретную защиту в случае нарушения прав ребенка. Данное триединство (законодательное закрепление, механизм реализации и восстановление нарушенных прав ребенка) и составляет основу государственной политики в отношении несовершеннолетних.

Политика государства в этой сфере должна быть направлена на выживание, развитие, становление личности ребенка, его защиту и обеспечение активного участия в жизни общества. Указанные направления являются очевидными и общепризнанными во всем мире, в практике деятельности любого государства и выражены в том числе в международных правовых актах, прежде всего, в Конвенции о правах ребенка¹, в первом межгосударственном соглашении, в котором дети рассматриваются не только как объекты защиты, а как субъекты правоотношений, могущие действовать как самостоятельные граждане.

Права и свободы ребенка, а также процедурно-процессуальные нормы и правила их реализации и защиты закреплены в нормах международного права и национального законодательства. В настоящее время массив законодательства, регулирующего отношения с участием несовершеннолетних (детей), весьма значителен. При этом, учитывая процессы развития, трансформации и возникновения новых общественных отношений как вне, так и внутри страны, а также из-

¹ «Конвенция о правах ребенка» (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990). https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9959/

менения самого ребенка в физическом, психическом и социальном смысле, можно констатировать недостаточное соответствие детского законодательства как происходящим изменениям, так и общечеловеческим целям правильного развития ребенка. Новые обстоятельства жизни, связанные с трансформациями как в социально-политической и экономической областях, так и в быту, стали вызовом не только для взрослых.

Угрозы и риски подрастающего поколения, вызываемые современным взрывом информационных технологий; наркотическими, игровыми и другими разного рода зависимостями; неограниченными соблазнами общества потребления, разумеется, требуют от наших законодателей жесткого и своевременного ответа юридическими санкциями. Вместе с тем нельзя забывать о том, что рождение, выживание, воспитание, образование несовершеннолетних помимо естественных родительских обязанностей должны быть поддержаны и государством, гражданами которого они являются. Поскольку процесс становления личности ребенка длительный и требующий больших вложений различного характера, то поддержка государства должна быть стабильной и постоянной. И здесь немаловажная роль отводится праву.

Стабильность как выражение постоянства, прочности чего-либо в контексте правового регулирования общественных отношений означает надежность и основательность бытия, всех видов деятельности и социальных отношений человека, что позволяет ему как субъекту социальной действительности быть уверенным в собственной жизнедеятельности. И в этом смысле стабильность права как основного регулятора общественных отношений имеет огромное значение. Данное понятие включает в себя ряд компонентов: стабильность законодательства, соответствующего Конституции РФ и основам государственного строя; незыблемость и неукоснительное следование принципам права (гуманность, справедливость, законность); прочную уверенность в том, что право одно для всех без какой-либо дискриминации, что собственно и составляет сущность правового государства.

Вместе с тем стремление к стабильности права несет определенные угрозы и риски превращения конкретных правовых норм во что-то застойное, не учитывающее современных реалий и потребностей. Поэтому остается открытым вопрос о том, что правильнее: современная практика принятия законов (в том числе о внесении изменений в недавно принятые законы) числом в сотни в период работы одной парламентской сессии, или фиксация на долгие годы правовых актов, что чревато как нарушением законодательства, так и невозможностью адекватно отвечать на запросы действительности.

При исследовании развития законодательства о детях становится очевидным тот факт, что в исторической ретроспективе Россия в становлении и причинах развития детского законодательства во многом

схожа с другими странами. Проблема использования, заимствования чужого опыта, причем не только в праве, всегда была предметом острых дискуссий. Практикой выработано два важнейших правила в этом направлении: заимствовать *можно* все хорошее (эффективное, оптимальное, качественное, результативное, инновационное — список можно продолжить), но *нужно* учитывать свои особенности (национальные, географические, социально-экономические, ресурсные и т.д.), что, к сожалению, не всегда принимается во внимание.

Что касается России, то для нее характерны более поздние: отношение к ребенку как росту всего нового, в том числе светлого будущего (что ассоциируется прежде всего с эпохой Возрождения в Европе); отказ от тотальной родительской власти, восприятие ребенка как самостоятельного субъекта права. С другой стороны, нельзя не обратить внимание на такие особенности российской национальной культуры, как привязанность к различным проявлениям семейно-патриархальных традиций, что не могло не отразиться и в праве.

Особо отметим, что защита несовершеннолетних и смягчение наказания несовершеннолетним правонарушителям всегда были в правовых традициях России. Как известно, российское правосудие в отношении несовершеннолетних в его историческом развитии отличалось «началом кары детей с самого нежного возраста и началом исправления довольно позднего возраста». Однако постепенно российский законодатель и российское общество начинают понимать необходимость особого отношения как к «детским» проблемам, так и к самому ребенку. Так, Указ от 26 июня 1765 г.¹ установил полную невменяемость детей до 10 лет. Что касается уже более позднего Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года², то оно содержало особые правила о смягчении наказаний, в частности, на одну или две степени, если несовершеннолетний был вовлечен в преступление совершеннолетним. 2 июня 1897 г. было принято Высочайшее утвержденное мнение Государственного Совета «Об изменении форм и обрядов судопроизводства по делам о преступных деяниях малолетних и несовершеннолетних, а также законоположений о их наказуемости»³. Законоположение значительно облегчало участь детям-преступникам, коим менее 10 лет от роду, они не подвергались судебному преследованию и определенному в законах наказанию. Закон отменил все наиболее тяжкие уголовные наказания для несовершеннолетних в возрасте до 17 лет: смертную казнь, каторгу, поселение, ссылку и др. По Закону несовершеннолетние не могли быть приговорены к тюрем-

¹ Новый памятник законов Российской империи. СПб., 1837. С. 297.

² Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. СПб., 1867. Ст. 143.

³ Полное собрание законов Российской Империи. Собр. 3. Том 17. № 14233. С. 357–364.

ному заключению совместно со взрослыми. В качестве приоритетной признавалась воспитательная функция наказания в отношении несовершеннолетних, что свидетельствовало о стремлении законодателя к возможно более широкой защите личности несовершеннолетнего подсудимого.

Двадцатый век продолжил гуманизацию правовых традиций в отношении несовершеннолетних. В этой связи отметим создание и успешное функционирование в Российской империи с 1910 года детских судов. Во-вторых, важнейшей представляется разработка в 20–30-х годах прошлого века «детского права»¹ в качестве «новой области законодательной регламентации особого рода отношений, проникутых единством основной цели — охране правильного развития ребенка; единой системы норм, охватывающих разные стороны жизни ребенка».

По мнению разработчиков, «детское право не есть право детей в собственном смысле слова; его можно скорее назвать законодательством о детях... Детское право является частью государственной политики, объединенной общей целью и мыслью и охватывающей все, касающееся ребенка. Это политика, называемая у нас «охраной детства», включает «совокупность всех законодательных постановлений и практических мероприятий, направленных на создание и обеспечение детям нормальных условий развития»².

В большинстве изданий по детскому праву советского времени прослеживается мысль о том, что его основное содержание — это «охрана правильного развития ребенка». Что касается его организационного оформления — то речь, безусловно, идет о развитии законодательства о детях. Наконец, большая практическая задача — систематизация детского законодательства, поскольку многочисленные законы и правила, касающиеся детей, «вкраплялись» в самые различные отделы правовых положений. И как результат всей этой огромной работы — издание Детского кодекса, «детской хартии» для всех тех, кто занимается непосредственной воспитательной, образовательной, культурной, правовосстанавливающей работой с несовершеннолетними³.

¹ *Куфаев В.* Детское право, его предмет и объем // *Право и жизнь.* 1926. Кн. 8–10; *Рындзюнский Григ., Савинская Т. М.* Детское право РСФСР. М., 1923; *Детское право советских республик: Сборник действующего законодательства о детях.* — Юридическое издательство наркомюста УССР. — Харьков. — 1927.

² *Веккер Е.* Дети и советское право (изложение детского права УССР). — Харьков: изд. «Труд», 1925. С. 8.

³ *Борисова Н. Е.* Историко-теоретические основы «детского» права // *Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «юридические науки».* Издательство: Московский городской педагогический университет (Москва) 2014. № 13.

Особо отметим, что профессор Люблинский, которому права ребенка «обязаны» созданием детских судов как особой ветви правосудия по делам о несовершеннолетних со своими принципами социальной насыщенности, повышенной правовой защиты, наименьшего вмешательства и индивидуализации, в советское время продолжал свою деятельность по защите прав ребенка. Актуальными задачами детского права он считал углубление и развитие детского законодательства, исходящего из начал, обеспечивающих ребенку нормальные условия развития и социальное воспитание¹.

Разработка теории правового положения ребенка, которая лежит в основе детского права и соответственно законодательства, на наш взгляд, является и сегодня весьма актуальной, она должна стать стержнем государственно-правовой политики по защите прав ребенка. На сегодняшний день вопросы защиты прав ребенка рассматриваются бессистемно, отрывочно, с опозданием от реальных проблем, порой используя в угоду амбициям общественных и политических деятелей.

В связи с работой по подготовке поправок к Конституции РФ в 2020 году в кругах юристов и общественности справедливо был поднят вопрос о ценности ребенка, который и с точки зрения права представляется весьма актуальным, учитывая не только углубляющийся демографический кризис, но и уровень тех задач, которые стоят перед нашим государством в непростом геополитическом пространстве.

В числе критериев, выражающих эту ценность, можно назвать и законодательство, непосредственно посвященное несовершеннолетним как особой категории населения, имеющей недостаточный в силу возраста уровень физического, психического и социального развития и вместе с тем высокую общественную и государственную значимость.

Напомним, что в тексте обновленной Конституции России в результате долгих дискуссий закреплено положение о том, что «дети являются важнейшим приоритетом государственной политики России. Государство создает условия, способствующие всестороннему духовному, нравственному, интеллектуальному и физическому развитию детей, воспитанию в них патриотизма, гражданственности и уважения к старшим. Государство, обеспечивая приоритет семейного воспитания, берет на себя обязанности родителей в отношении детей, оставшихся без попечения»².

¹ Пожелание по докладу проф. Люблинского — «Ближайшие задачи в области «детского права» // Резолюции по докладам второго всероссийского съезда социально-правовой охраны несовершеннолетних. 26 ноября — 1 декабря 1924 г. — Москва, 1925. С. 24—25.

² «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/

На наш взгляд, значение нововведения для стабильности и устойчивого развития законодательства о детях очевидно. Во-первых, важно само придание подрастающему поколению как будущему России (количество и «качество» которого вызывают большую тревогу) конституционного значения; во-вторых, представляется, что закрепление в Основном законе положения, что дети — не просто приоритет, а приоритет государственной политики, позволяет надеяться на реальные вложения в стратегию и реализацию политики детствосбережения, образования, здравоохранения и правосудия, дружественных к детям. В-третьих, государство обязуется создать условия для развития детей во всех отношениях. Конечно, граждане России чувствовали бы себя увереннее, если бы государство *обеспечивало* всестороннее духовное, нравственное, интеллектуальное и физическое развитие детей, а не только создавало условия. В этом данная формулировка схожа с частью первой седьмой статьи Конституции РФ о социальном государстве. Однако, в-пятых, в отношении семейного воспитания конституционно закреплена *гарантия его обеспечения* со стороны государства. В-шестых, на конституционный уровень поднята значимость воспитания в детях патриотизма, гражданственности и уважения к старшим.

Обратим внимание на тот факт, что в первоначальном варианте поправка признавала детей важнейшим достоянием России, что, на наш взгляд, также соответствует их социальной значимости. Тем более, что слово «достояние» имеет много общего со словом «достоинство» и именно это, на наш взгляд, имели в виду авторы первоначальной поправки. П. Н. Панченко, рассматривая названные понятия в безусловной взаимосвязи, говорит о национальном достоинстве и национальном достоянии России не только как об источниках экономического потенциала и цивилизованного развития страны, но и как факторах материального и духовного благополучия граждан, их морально-нравственного возвышения. «Национальное достояние, наряду с созданным людьми экономическим и товарным потенциалом, ...достижениями научно-технической мысли, информационными ресурсами, социальной инфраструктурой, включает также самих людей (мужчин, женщин, детей), генофонд страны, положительные демографические тенденции, исторические, культурные, художественные, идеологические, философские, политические, геополитические и иные ценности самого высокого достоинства»¹.

Как говорилось, современное право рассматривает ребенка как самостоятельного субъекта права. В этой связи озвучим ряд теорети-

¹ Панченко П. Н. Национальное достоинство и национальное достояние России как источники экономического потенциала и цивилизованного развития страны и как приоритетные объекты уголовно-правовой охраны <http://naukarus.com/natsionalnoe-dostoinstvo-i-natsionalnoe-dostoyanie-rossii-kak-istochniki-ekonomicheskogo-potentsiala-i-tsvivilizo-vannogo>

ческих выкладок, касающихся дееспособности несовершеннолетних, вопрос о которой представляется одним из ключевых при исследовании проблем реализации прав и свобод ребенка.

Общеизвестно, что физическая и психическая зрелость человека наступает нескоро после его рождения и в первое время своего существования ребенок является совершенно беспомощным. Необходимая помощь может быть организована в обществе двояким образом: входит в обязанности родителей и оказывается непосредственно государством и обществом, в котором человек рождается.

В отличие от правоспособности дееспособность несовершеннолетних целиком и полностью зависит от возраста, в чем и состоит ее специфика. Ради более гибкого правового регулирования отношений с участием этих лиц вводятся понятия полной и частичной дееспособности. Гражданским законодательством предусмотрено ограничение дееспособности. Оно распространяется, во-первых, на несовершеннолетних; во-вторых, на лиц, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими средствами.

В этой связи, на наш взгляд, при определении специфики дееспособности несовершеннолетнего корректнее будет использовать термин «неполная (или частичная) дееспособность», несмотря на установленную юридическую терминологию ограничения прав в законном порядке. То, что в российском законодательстве несовершеннолетних ставят в один ряд с людьми, страдающими психическими расстройствами, нетрудоспособными взрослыми, косвенно, определенным образом умаляет правовой статус детей.

Для полноты восприятия правомочности ребенка можно предложить следующую формулировку: его неполная или частичная (в зависимости от возраста) дееспособность дополняется дееспособностью родителя или законного представителя. Отмечая сложность и тонкость правовых взаимоотношений детей и их законных представителей в части совпадения их интересов, необходимо сделать ряд акцентов¹. В процессе правового регулирования отношений между родителями (или лицами, их заменяющими) и детьми должны быть решены две взаимосвязанные задачи. Законодательство должно учитывать личностно-доверительную природу отношений этих лиц, поэтому государственное вмешательство в эту сферу должно быть минимальным. С другой стороны, при угрозе интересам детей со стороны родителей или других членов семьи, не говоря уже о фактическом нарушении прав несовершеннолетних, должны включаться действенные юридические механизмы защиты этих прав. Следует также учитывать признаваемое многими специалистами в области семейного права фактическое

¹ Нечаева А. М. Интересы ребенка как объект семейно-правовой защиты // Государство и право. 2012. № 1. С. 77–85.

юридическое неравенство детей и их законных представителей. Даже с точки зрения возрастных, психологических, социальных и других характеристик отношения родитель — ребенок нельзя признать отношениями равных субъектов.

Еще одним важным фактором является то, что дееспособность несовершеннолетних в своем развитии претерпела ряд изменений и не всегда в пользу «расширения» ее объема.

Как известно, Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ) делит несовершеннолетних на три возрастные группы, причем первую группу — детей от рождения до 6 лет — относит к полностью недееспособным, без всяких исключений¹. Такая позиция ГК РФ вызывает у нас определенные возражения. С точки зрения обыденного сознания трудно назвать ребенка 4–6 лет полностью недееспособным: как правило, он в состоянии понимать обращенные к нему слова, просьбы, требования, осознавать плохие и хорошие (в соответствии с возрастом) действия, более того, вместе со взрослым (или под его контролем) совершать мелкие сделки. Но главным представляется другое — закрепляя его полную недееспособность, мы приравниваем ребенка к объекту права.

В данном случае мы придерживаемся конституционного подхода к несовершеннолетнему как самостоятельному субъекту права. Определенный интерес представляет точка зрения, согласно которой понятие «самостоятельно осуществлять» не отождествимо с гражданской дееспособностью. Не стоит забывать, что в ГК РФ речь идет о гражданской дееспособности, которая выступает лишь как частный случай общей способности гражданина самостоятельно осуществлять гарантированные государством права и налагаемые им обязанности принимается во внимание прежде всего сделкоспособность².

В этой связи имеет смысл обратиться к ранее действовавшему Гражданскому кодексу, в котором не существовало нижней границы дееспособности несовершеннолетнего. С одной стороны, сравнивая ныне действующий ГК РФ и ГК РСФСР 1964 года³, выделим возможность приобретения несовершеннолетним полной дееспособности в соответствии со статьей 27 ГК РФ до наступления совершеннолетия в результате эмансипации, что представляется большим плюсом. С другой стороны, напомним, что по объему дееспособности в ГК

¹ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)». Статья 28 «Дееспособность малолетних». http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/

² Борисова Н. Е. Конституционные приоритеты защиты прав ребенка // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «юридические науки». 2015. № 4 (20). С. 55–63.

³ «Гражданский кодекс РСФСР» (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1838/

РСФСР несовершеннолетние делились на две группы: до 15 лет и несовершеннолетние от 15 до 18 лет (статьи 13 и 14). Несовершеннолетние в возрасте до 15 лет были вправе самостоятельно совершать мелкие бытовые сделки и вносить в кредитные учреждения вклады и распоряжаться ими, что определялось законодательством Союза ССР. То есть Гражданский кодекс РСФСР не закреплял нижней границы частичной дееспособности. Эта позиция представляется более верной, поскольку невозможно четко (хотя этого требует право) определить, с какого возраста ребенок может быть способен к осмысленному, действенному, волевому акту, предполагающему элемент ответственности в той или иной области конкретных общественных отношений. Может быть, с 6 или 7 лет, а иногда и с 5 лет. На этот счет существует положение Конвенции ООН «О правах ребенка» о праве ребенка выражать свое мнение, суть которого в том, что ребенок высказывает свое мнение с того возраста, когда он сможет это мнение сформулировать.

Исторический анализ правового регулирования общественных отношений с участием несовершеннолетних позволил выделить ряд общих особенностей развития законодательства о детях, характерных не только для России, которые целесообразно учитывать, стремясь к его стабильности.

Во-первых, рассуждая о причинах развития «детского» законодательства, стоит заметить, что его развитие никогда не было отдельной, самостоятельной задачей. С одной стороны, разумное человечество давно пришло к осознанию высокой социальной значимости детей как подрастающего поколения, от численности и качественных характеристик которого во многом зависит будущее любой страны. С другой стороны, история свидетельствует о том, что государство обращает внимание на детей (подростков, молодежь) только когда оно видит в них (от них) угрозу (риски) в виде, например, значительного роста преступности, снижения рождаемости, участия в различного рода протестных движениях, демографического кризиса в целом. В поддержку это тезиса свидетельствует также разработка и принятие международных правовых актов о детях. Так, еще до Конвенции о правах ребенка, принятой ООН в 1989 году, представляющей собой по сути конституцию прав ребенка, то есть право материальное, в 1985 году были разработаны Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила»), содержанием которых стали нормы процедурно-процессуального характера в отношении несовершеннолетних правонарушителей.

Во-вторых, на наш взгляд, сложность в развитии «детского» законодательства состоит в том, что оно в своем применении, реализации, при конкретном регулировании общественных отношений с участием детей в большей степени связано с воспитанием в отличие от регули-

рования общественных отношений с участием взрослых, в особенности с нравственным воспитанием и соответственно с учетом психологии ребенка. Тем более что большинство отношений в семье (как и семья в целом) имеют лично-доверительную природу. Одним правом детские проблемы решить невозможно, в то время как сегодня нас призывают решать их именно в суде. Доля воспитательного воздействия, фактор передачи правовых норм в сознание и поведение ребенка через нравственные образцы и навыки и т.д. гораздо выше, чем у взрослых. Это надо учитывать при разработке нормативных правовых актов, включая в них «неправовые» термины и подкрепляя их методическими разработками. Детское законодательство «работает» только в единстве права, педагогики и психологии.

В-третьих, о чем неоднократно говорилось, восприятие ребенка как самостоятельного субъекта права никак не противоречит тезису о том, что приоритет семьи в развитии, становлении личности и воспитании ребенка бесспорен и очевиден. Поэтому детское законодательство всегда будет тесно связано с семейным, они находятся не в формальной, а в логической и природной связи. Поэтому поддерживая и охраняя семью, государство тем самым защищает и ребенка. Как сказано ранее, семейная сфера имеет лично-доверительную природу, в основе которой любовь и взаимоуважение. Отсюда трудность и невозможность урегулирования общественных отношений с участием несовершеннолетних только правом, что опять-таки повышает значение в этом процессе нравственных начал.

Отдельного рассмотрения требует проблема ответственности несовершеннолетних. Можем констатировать, что в этом важнейшем направлении произошел значительный разрыв, что не способствовало развитию института ответственности несовершеннолетних и порой приводило к полному отказу от нее. Очевидно, что формирование ответственности закладывается задолго до совершеннолетия. Повторим, что, игнорируя вопрос об обязанностях несовершеннолетних, мы «приучаем» их к иждивенчеству и инфантильности, в результате чего проигрывает как общество, так и сами дети. Понятно, что основной объем ответственности возлагается на взрослого человека, и надо искать предел обязанности несовершеннолетних, но в сознании ребенка понятия прав и свобод должны быть неразрывны с обязанностями и ответственностью. К сожалению, в раннее постсоветское время превалировал дилетантский, упрощенный подход к преподаванию прав ребенка, как и основ прав человека, самим детям, что чревато проявлениями безответственности и неуважения к закону целого ряда подрастающих поколений. В этой связи представляется актуальным включить, наконец, в детское законодательство, даже в неправовых формулировках, обязанности ребенка.

Защита прав ребенка в отличие от составляющих защиты прав других субъектов также имеет ряд особенностей, которые, на наш взгляд,

представляются принципиально важными. Во-первых, проблемы защиты прав ребенка окончательно, до конца не могут быть решены в принципе, поскольку защита как процесс естественный и непрерывающийся относится к ребенку, который сам постоянно изменяется, растет, «движется», приобретая новые качества физического, психического и социального плана. Признание (законодательное закрепление), реализация и защита прав ребенка, будучи явлениями одного порядка, непосредственно связаны с воспитанием, образованием, социализацией растущего человека, которые также представляют собой весьма сложные процессы со своими проблемами.

Не меньшее значение при разработке законов для несовершеннолетних имеет факт учета масштаба значимости и объема проблем защиты прав ребенка. Это комплексная, многоуровневая, разноплановая, широкоформатная проблема, решать которую надо «всем миром». И в этих условиях значительная роль отводится объединению усилий не только всех ветвей власти и местного самоуправления. В деле воспитания подрастающего поколения, профилактики правонарушений несовершеннолетних все зависит от «дружных усилий законодателя, Правительства и общества ...»¹.

Детское законодательство, имея свои особенности развития, не лишено и общих тенденций развития права в целом. «События, происходящие сегодня в мире, убедительно демонстрируют устойчивость антиглобалистского вектора правового развития во многих странах вплоть до целенаправленной защиты традиционных правовых... Законодательство, практика его реализации, правосознание и правовое поведение в конкретную историческую эпоху...связаны с аналогичными явлениями в прошлом, детерминированы национальной правовой традицией, которая неизбежно влияет на динамику правовых институтов и иных значимых параметров правовой системы»².

Как известно, под правовой традицией понимается исторически сложившаяся совокупность принципов правовой системы, которая закрепляется в правовых нормах. Право, в соответствии с одним из постулатов исторической школы права, подобно языку, нравам и учреждениям, имеет определенный характер, свойственный данному народу; в не меньшей мере народ, стремясь к стабильности своего правового положения, заинтересован и в сохранении собственного права, соответствующего национальной правовой традиции.

Национальные правовые традиции оказывают влияние и на развитие детского права. К таковым в истории его развития можно отнести

¹ Пусторослев А. Исторический очерк покровительства освобожденным из заключения // Юридический вестник. 1890. № 12. С. 573–574.

² Пашенцев Д.А. Историко-правовая наука перед вызовом постнеклассической научной рациональности // История государства и права. 2021. № 3. С. 77–79.

силу, доминирование, признание родительской власти; превалирование нравственных начал, доброту и отсутствие корысти в заботе о детях с ограниченными возможностями здоровья и оставшихся без попечения (в прежние времена это забота о «сырых и убогих»); неприятие судебного (публичного) разбирательства, решения семейных дел; патриархальный уклад и закрытость семейной жизни.

Правовые традиции как совокупность исторически сложившихся принципов и ценностей, лежащих в основе отношений государства и личности, лежат в основе всей работы с детьми, регулирования отношений с ними во всех сферах их жизнедеятельности. Их важность определяется тем, что понятия справедливости, доверия, уважения к другим людям наиболее понятны и близки большинству граждан России.

Таким образом, можно утверждать, что законодательство, регулирующее отношения с участием несовершеннолетних, по своему содержанию, актуальности и значимости фактически является совсем не «детским» с точки зрения процесса его разработки и развития.

В заключение напомним, что естественным продолжением «класса» детей является молодежь (куда частично входят и несовершеннолетние), с которой непосредственно связано качество будущего нашей страны. Признавая молодежь социальной группой, имеющей стратегическое значение, обращаем внимание на то, что ее инновационный общественный потенциал оставляет желать лучшего. В этой связи качество законодательства о детях приобретает еще большее значение.

«Детское» законодательство отличается от «взрослого» не только по содержанию, основанному на социальной значимости и специфике несовершеннолетия, но и по уровню юридической техники. В этом смысле детское законодательство должно быть более отработанным, взаимосвязанным, системным и стабильным, учитывая, что воспитание, образование и развитие личности ребенка — это процесс длительный, относящийся к системам с последствием.

Бережнов Андрей Александрович

*доцент кафедры трудового права,
заместитель декана по учебно-методической работе
юридического факультета МГУ
имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Проблемы разрешения индивидуальных трудовых споров

В соответствии с ч. 4 ст. 37 Конституции Российской Федерации признается право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку.

Ст. 352 Трудового кодекса Российской Федерации¹ (ТК РФ) относит судебную защиту к одному из основных способов защиты трудовых прав и свобод.

Согласно ст. 381 ТК РФ индивидуальным трудовым спором признаются неурегулированные разногласия между работодателем и работником по вопросам применения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашения, локального нормативного акта, трудового договора (в том числе об установлении или изменении индивидуальных условий труда), о которых заявлено в орган по рассмотрению индивидуальных трудовых споров.

Истцами в индивидуальных трудовых спорах выступают, как правило, работники. Работодатели имеют право обратиться в суд лишь с исковым заявлением о возмещении работником ущерба, причиненного работодателю (как правило, это примерно 3–4 процента от общего количества индивидуальных трудовых споров, рассматриваемых судами).

В этой связи важнейшее значение с точки зрения соблюдения трудовых прав граждан и интересов работодателей имеет урегулированный законодательством порядок разрешения индивидуальных трудовых споров. Анализ его эффективности, а также выявлению имеющихся проблем посвящена настоящая статья.

В соответствии со ст. 382 ТК РФ индивидуальные трудовые споры рассматриваются комиссиями по трудовым спорам (КТС) и судами общей юрисдикции. Следует иметь в виду, что в силу ст. 357 ТК РФ государственные инспекторы труда могут выдавать работодателям обязательные для исполнения предписания, в т.ч. о восстановлении

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (в ред. от 28.06.2021, с изм. от 06.10.2021) // «Российская газета», № 256, 31.12.2001.

на работе, только в случае выявления очевидного нарушения трудового законодательства, при котором отсутствуют признаки индивидуального трудового спора, т.е. Федеральная инспекция труда не вправе подменять собой орган, рассматривающий индивидуальные трудовые споры.

Действующее законодательство не содержит положений об обязательности предварительного внесудебного порядка разрешения индивидуального трудового спора комиссией по трудовым спорам. Соответственно, лицо, считающее свои права нарушенными, самостоятельно принимает решение: обращаться ли в комиссию по трудовым спорам или непосредственно в суд. На это обращает внимание и Пленум Верховного Суда РФ в п. 2 Постановления от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации».

Примечательно, что из этого правила имеется исключение. Федеральным законом от 31 июля 2020 г. № 246¹ Глава 54.1 ТК РФ, регулирующая особенности труда спортсменов и тренеров, дополнена ст. 348.13, согласно которой индивидуальные трудовые споры спортсменов и тренеров могут быть переданы по арбитражному соглашению между работодателем и работником (спортсменом, тренером) в арбитраж, администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением. Для этого сторонам необходимо заключить соответствующее арбитражное соглашение. Например, согласно ст. 7 Регламента Российского футбольного союза (РФС) по статусу и переходам футболистов (утв. Постановлением Бюро Исполкома РФС 28.07.2021)² в трудовом договоре, заключаемом футбольным клубом с футболистом-профессионалом, в обязательном порядке указывается, помимо прочего, условие о признании норм РФС и условие о согласии сторон на обязательный досудебный порядок разрешения споров, возникающих по данному трудовому договору. Отсужение такого условия в трудовом договоре с футболистом-профессионалом, разумеется, не является основанием для признания его недействительным, а лишь влечет отказ в регистрации такого трудового договора в РФС и невозможность участия соответствующего футболиста-профессионала в соревнованиях по футболу, организатором которых выступает РФС.

¹ Федеральный закон от 31.07.2020 № 246-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части передачи индивидуальных трудовых споров спортсменов, тренеров в профессиональном спорте и спорте высших достижений на рассмотрение третейских судов» // «Российская газета», № 171, 05.08.2020.

² Регламент РФС по статусу и переходам футболистов (утв. Постановлением Бюро Исполкома РФС 28.07.2021) URL: <https://static.rfs.ru/documents/1/6103d3aab9d23.pdf> (дата обращения: 22.10.2021).

Досудебным органом по рассмотрению индивидуальных трудовых является КТС, которая может действовать как в качестве постоянно действующего органа, так и создаваться для разрешения конкретного индивидуального трудового спора. КТС является по своей сути общественным органом, т.к. создается на паритетной основе из равного числа представителей работников и работодателя, как правило, являющихся работниками данного работодателя. В свою очередь, в действующем законодательстве отсутствуют какие-либо требования к членам КТС (например, требования о наличии специальных познаний в области права, опыта работы и др.). Вместе с тем, КТС является правоприменительным органом, поскольку принимаемое ею решение по существу индивидуального трудового спора обеспечено возможностью государственного принуждения — в случае неисполнения решения КТС в течение трех дней по истечении десяти дней, предусмотренных на его обжалование, КТС выдает работнику удостоверение, являющееся исполнительным документом и служащим основанием для приведения решения КТС в исполнение в принудительном порядке судебным приставом.

КТС вправе рассматривать все индивидуальные трудовые споры, за исключением тех, которые законом прямо отнесены к компетенции судов общей юрисдикции. Так, непосредственно в судах рассматриваются споры о восстановлении на работе, об отказе в приеме на работу, о дискриминации, о возмещении работником ущерба, причиненного работодателю, о возмещении причиненного работнику морального вреда, об обжаловании действий (бездействий) работодателя при обработке и защите персональных данных работника. Таким образом, КТС могут рассматривать, в частности, споры о взыскании в пользу работника задолженности по заработной плате.

ТК РФ регулирует порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров в КТС лишь в общих чертах, что подразумевает необходимость разработки работодателем локального нормативного акта, которым будет регулироваться порядок рассмотрения споров КТС у данного работодателя.

Необходимо отметить, что информация о деятельности комиссий по трудовым спорам, в отличие от судов общей юрисдикции, нигде не публикуется. В этой связи точные сведения о количестве действующих в Российской Федерации КТС, количестве рассмотренных ими споров и результатах их рассмотрения отсутствуют, поэтому не представляется возможным составить объективную картину практики применения законодательства о разрешении индивидуальных трудовых споров в КТС и их эффективности. В открытом доступе имеется лишь информация по спорам, рассмотренным судами, связанным с обжалованием решений КТС. Однако количество таких споров невелико. При этом, как показывает личный опыт, КТС

создаются, как правило, на крупных предприятиях с развитым профсоюзным движением.

В подавляющем большинстве организаций КТС являются невосстановленными, несмотря на, казалось бы, очевидные преимущества рассмотрения индивидуального трудового спора в таком досудебном органе. К ним относятся, в частности, отсутствие публичности при разрешении споров, поскольку само наличие трудового спора, его предмет и решение КТС по спору не известны широкой публике; рассмотрение спора в КТС занимает значительно меньший срок, чем рассмотрение такого спора в суде — всего лишь в течение 10 календарных дней; рассмотрение спора в менее формализованной обстановке — работниками данной организации, знакомыми со спецификой работы в ней и др.

Стоит отметить, что некоторые преимущества рассмотрения спора в КТС легко могут обращаться в недостатки — например, отсутствие в законодательстве требований к членам КТС может повлечь неправильное применение норм права и вынесение неправомерного решения. Кроме того, поскольку спор рассматривается «внутри коллектива», межличностные отношения, складывающиеся между членами этого коллектива, могут отразиться на беспристрастности членов комиссии.

По нашему мнению, действующее законодательство, регулирующее деятельность КТС, нуждается в корректировке. И в первую очередь заслуживают поддержки и требуют своего нормативного закрепления предложения о примирительном характере работы КТС, направления ее деятельности на мирное разрешение спора¹. Такие предложения могут быть реализованы, например, наделением КТС полномочием утверждать мировое соглашение между работником и работодателем по тем индивидуальным трудовым спорам, которые относятся к компетенции КТС. Важнейшей задачей разрешения индивидуального трудового спора видится не столько формальное его разрешение путем вынесения обязательного для исполнения решения, сколько реальное примирение спорящих сторон с целью минимизации возникновения конфликтов в будущем (особенно в том случае, когда трудовые отношения между спорящими сторонами продолжаются). Наделение КТС примирительными полномочиями представляется целесообразным в том числе и потому, что КТС, непосредственно состоящая из работников организации, заинтересована в мирном разрешении спора².

¹ Матненко М. В. Развитие третейского урегулирования разногласий в трудовых отношениях // «Трудовое право». 2009. № 11. С. 80–96.

² Бережнов А. А. Роль науки трудового права в совершенствовании законодательства о разрешении трудовых споров // «Трудовое право в России и за рубежом». 2020. № 2. С. 48–50.

Согласно официальной статистике, публикуемой Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации¹, подавляющее большинство индивидуальных трудовых споров, поступающих на рассмотрение в суды общей юрисдикции, связано со взысканием в пользу работника задолженности по оплате труда, причем, как правило, в незначительном размере (в первом полугодии 2021 г. из 111,6 тыс. дел, поступивших в суды, более 85 тыс. дел связано с оплатой труда, а в 57,8 тыс. дел заявлены требования о взыскании сумм в размере менее 50 тыс. руб.). Сказанное позволяет сделать вывод о том, что «разгрузить» суды общей юрисдикции по рассмотрению подобных категорий дел представляется возможным именно за счет КТС.

Вместе с тем касательно дальнейшей судьбы комиссий по трудовым спорам имеется и иная точка зрения. В последние годы можно встретить предложения как о полной ликвидации КТС как института, так и об усилении контроля за их деятельностью, в частности, путем обязательного заверения решений КТС государственными инспекторами труда². На проблемы, возникающие на практике в связи с исполнением решений КТС, обращал внимание и Минтруд России, разработавший законопроект, согласно которому предлагалось изъять споры по выплате заработной платы и других выплат, осуществляемых в рамках трудовых отношений, из компетенции КТС³. Однако данная инициатива поддержана не была. Сказанное лишь подчеркивает необходимость скорейшего реформирования института КТС и порядка рассмотрения ими индивидуальных трудовых споров.

Следует отметить, что и общее количество индивидуальных трудовых споров, поступающих на рассмотрение в суды общей юрисдикции, в последние годы снижается. Так, в 2019 в суды поступило 346 904 дел, вытекающих из трудовых отношений. В 2020 г. — 252 203, а в первом полугодии 2021 г. — 111 564. Однако представляется, что подобное положение дел вряд ли свидетельствует о снижении количества случаев нарушения трудовых прав граждан, поскольку Федеральной инспекцией труда выявляется около 1,5 млн случаев таких нарушений ежегодно⁴. В этой связи заслуживает поддержки наделе-

¹ Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. Данные судебной статистики. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 22.10.2021).

² Минтруд предложил барьер для борьбы с обналичкой через трудовые споры / URL: <https://www.rbc.ru/finances/28/08/2020/5f4791549a7947ead7fbb488> (дата обращения: 28.08.2020).

³ Проект Федерального закона «О внесении изменений в статьи 382 и 391 Трудового кодекса Российской Федерации». URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=107513> (дата обращения: 25.08.2020).

⁴ Ключевые показатели деятельности Роструда / URL: [Онлайнинспекция.рф/statistics](https://onlineinspektion.ru/statistics) (дата обращения: 21.10.2021).

ние с 2020 г. государственных инспекторов труда правом принимать решение о принудительном исполнении обязанности работодателя по выплате начисленных, но не выплаченных в установленный срок работнику заработной платы и (или) других выплат, осуществляемых в рамках трудовых отношений (ст. 360.1 ТК РФ).

Также нельзя обойти вниманием и ряд других изменений в законодательстве за последние годы, которые были направлены на совершенствование порядка рассмотрения индивидуальных трудовых споров в судах. В частности, Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 272-ФЗ были внесены изменения в ст. 392 ТК РФ в части срока на обращение в суд за разрешением индивидуального трудового спора о невыплате или неполной выплате заработной платы и других выплат, причитающихся работнику, с трех месяцев до одного года. Этим же законом ст. 29 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹ (далее — ГПК РФ) дополнена ч. 6.3., в соответствии с которой иски о восстановлении трудовых прав могут предъявляться по месту жительства истца. Последнее, в свою очередь, может создать определенные неудобства для работодателя, который должен будет обеспечить присутствие своего представителя и представить необходимые документы фактически в любой районный суд на территории Российской Федерации.

При этом ряд проблем, с которыми приходится сталкиваться на практике при рассмотрении индивидуальных трудовых споров в судах, по-прежнему остается.

В соответствии с ч. 1 ст. 12 ГПК РФ правосудие осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. Однако в ситуации, когда одна из сторон спора (работник) находится в так называемой «хозяйской власти» работодателя, а отношения власти и подчинения между ними построены на обязанности работника соблюдать правила внутреннего трудового распорядка и иные локальные нормативные акты, принятые работодателем, а также выполнять свою трудовую функцию в интересах, под управлением и контролем работодателя, говорить о равенстве сторон не приходится. Очевидно, что при таких обстоятельствах работодатель является не только экономически более сильной по отношению к работнику стороной, но и имеет больше возможностей с точки зрения представления суду доказательств, в то время как работник зачастую испытывает затруднения в части документального подтверждения тех обстоятельств, на которые он ссылается. Кроме того, как показывает практика, такие доказательства, как свидетельские показания, не всегда могут быть в должной мере представлены суду, т.к. по объективным причинам свидетели, состоящие

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021). «Российская газета», № 220, 20.11.2002.

в трудовых отношениях со стороны спора (как правило, с ответчиком), могут испытывать в этой связи определенное эмоциональное давление. Например, в судах общей юрисдикции работнику, заявившему о том, что он подвергся дискриминации, в отличие от некоторых европейских стран¹, крайне затруднительно представить суду убедительные доказательства такого обстоятельства, в связи с чем случаи признания факта дискриминации в трудовых отношениях в российской судебной практике встречаются крайне редко.

Также немаловажной проблемой является отсутствие специализации у судей судов общей юрисдикции на уровне первой инстанции. Соответствующая специализация (специализированные судебные составы по трудовым и социальным делам) предусмотрена лишь на уровне судов субъектов, кассационных судов общей юрисдикции, Верховного Суда Российской Федерации, т.е. лишь на стадиях рассмотрения трудовых споров в апелляционной, кассационной, надзорной инстанций, в то время как по спорам о восстановлении на работе и взыскании заработной платы за три месяца, решение по которым подлежит немедленному исполнению, крайне важно «качественное» рассмотрение дела именно в первой инстанции. В ситуации, когда судьи рассматривают 50 и более дел в день, среди которых трудовые, жилищные, семейные и другие гражданско-правовые споры, безусловно, страдает качество их рассмотрения.

В нашей стране неоднократно высказывалось предложение решить указанную проблему, взяв за основу опыт некоторых зарубежных стран — создать специализированные суды, выделенные из действующей судебной системы, которые рассматривали бы индивидуальные трудовые споры², и даже высказывались предложения по разработке и принятию Трудового процессуального кодекса³. Опыт зарубежных стран показывает, что рассмотрение трудовых споров специализированными судами является более эффективным и способствует примирению сторон: трудовые дела рассматриваются в более короткий срок, судебные споры требуют меньше затрат, простые дела рассматриваются путем неформального разбирательства⁴.

¹ Зайцева Л. В., Курсова О. А., Хильчук Е. Л. Обоснованность и последствия повышения пенсионного возраста // «Российский юридический журнал». 2019. № 2. С. 144–155.

² См., например, *Орбец В. М.* Специализированные трудовые суды: зарубежный опыт и российское законодательство // «Журнал российского права». № 9. 2003. СПС «КонсультантПлюс».

³ См. *Скобелкин В. Н., Передерин С. В., Чуча С. Ю., Семенюта Н. Н.* Трудовое процедурно-процессуальное право: Учебное пособие / под ред. В. Н. Скобелкина. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета. 2002.

⁴ *Кучина М. С.* Специализированные суды: зарубежный опыт и перспективы развития в России // *Российский следователь*. 2017. № 13. С. 53–56.

Представляется, что наиболее удачно деятельность судов по трудовым делам организована в Германии, где трудовые споры рассматриваются, как правило, коллегиально с участием профессионального судьи и представителей от работников и работодателей. А до того, как суд перейдет к рассмотрению спора по существу, в обязательном порядке проводится попытка примирения спорящих сторон при участии суда, и в большинстве дел разрешить спор удается именно на этой стадии.

Несмотря на то, что предложение о введении специализированных судов по трудовым спорам заслуживает внимание и, как показывает зарубежный опыт, может способствовать более эффективному разрешению таких споров, представляется, что в настоящее время оно является неосуществимым, поскольку потребует значительных бюджетных затрат. К тому же, не в пользу подобного предложения свидетельствует и снижающееся в последние годы количество трудовых дел, рассматриваемых судами. Вместе с тем, вопрос о более детальном регулировании специализации судей в судах общей юрисдикции первой инстанции является более актуальным.

Эвелина Димитрова

*доцент кафедры административно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Принцип четко установленного правового устройства как принцип налогового права

Данная статья рассматривает нормативную реализацию *идеи о предвидимости налогового права* в качестве стандарта регулирования налоговых правовых отношений с помощью принципа четкого правового устройства в контексте предвидимости смысла юридических правил и положений.

Нормативная реализация идеи о предвидимости юридических правил и положений в области налогообложения рассматривается прежде всего в связи с применением нескольких основных правовых принципов как часть источников налогового права: принцип законности при установлении налогов и взыскания задолженностей по налогам; принцип правового государства; принцип правовой надежности и безопасности и легитимных ожиданий; принцип запрещения ретроактивного действия налоговых правовых норм. Рассматриваемые в самом общем плане, все перечисленные выше принципы имплицитно включают требование о *предвидимости смысла* юридических положений, регулирующих налоговые правовые отношения. С общетеоретической точки зрения и с учетом практики, однако, встает вопрос: защищены ли в достаточной мере субъективные публичные права и обязанности, связанные с налогообложением, с точки зрения предвидимости налогово-правового устройства, путем применения изложенных выше принципов, с учетом их упомянутого имплицитного содержания. Или, как я полагаю, налицо достаточно оснований для того, чтобы утверждать, что нормативной реализации *идеи о предвидимости налогового права* можно достичь в большей мере *путем применения также принципа четкого (понятливого) правового устройства* в качестве самостоятельного и/или кумулятивно применимого стандарта¹.

Принцип законности, определяемый как классический компонент правового государства, в качестве источника налогового права требует, чтобы элементы налогов были выделены законодателем совершенно четко. Этот принцип гарантирует, что собственность налоговых субъектов будет затронута путем ее отягощения налогами в такой мере,

¹ Относительно принципа понятливого правового устройства в механизме налога на добавленную стоимость смотри также в: *Димитрова Эвелина*. Правен режим на данъка върху добавената стойност. София. Просвета. 2010. с. 39.

в какой это будет вызвано публичным финансовым интересом¹. Закон должен создавать и гарантировать равные правовые условия для осуществления хозяйственной деятельности, и при этом условия в связи с налогообложением являются одними из наиболее существенных². Законы, устанавливающие налогово-правовой статус лиц, должны характеризоваться особо высокой точностью своих «юридических формулировок», таким образом, чтобы гарантировать предвидимость признанных налоговых субъективных прав и вмененных юридическим задолженностям и обязанностям по налогам³. Нечетко определенные по смыслу понятия в налоговых законах предоставляют исключительную дискреционную власть правоприменяющим органам. В некоторых случаях, в нарушение принципа законности при установлении налогов с учетом всех их элементов, подобное правоприменение ведет к «приписке» к закону, что «...[н]е входит в компетенции применителя данного закона, а самого законодателя».⁴

Принцип правового государства также «... [н]е терпит формулирования нечетких, двусмысленных законных положений, и эта нетерпимость является особенно строгой, если законодатель вступает в сферу прав и свобод индивида»⁵. Регулирование налоговых правовых отношений, предмет которых — юридические обязанности, которые затрагивают имущественной сферы граждан таким образом, что приходится сопоставлять их с конфискацией и штрафами⁶, вызывает еще большую необходимость в требовании о точности юридических правил с точки зрения *четкого смысла налоговых правовых норм*, чтобы не возникало сомнений (неясности) относительно вида и размера вмененных пу-

¹ Конституция Республики Болгария — КРБ (ст.17) гарантирует неприкосновенность частной собственности. Изъятие ее в счет налогов допускается только в силу закона, который устанавливает их с учетом имущества и доходов граждан (часть 1 ст.60 КРБ). Принцип установленности законом налогов признан и в Конвенции по защите прав человека и основных свобод (ст.1 Протокола № 1 Конвенции). В соответствии с практикой суда по ее применению, каждое вмешательство государства в имущественную сферу лиц, связанную с введением налогов, обязательно должно учитывать принцип законности (principle of legality).

² См. практику Конституционного суда — КС по применению ч.2 ст.19, КРБ (Решение КС от 19 марта 1998 г. по к.делу № 4/1998 г.).

³ Выраженное в правовой теории мнение, что «[н]ормативные акты, которые содержат устройство субъективных публичных прав и обязанностей в области налогообложения, выявляют несовершенства с точки зрения требования о точности юридических формулировок», с учетом действующего налогового законодательства, не утратило актуальность. См. *Костов Милчо*. Финансови правни отношения. София: Издателство на БАН. 1979. с. 201.

⁴ *Стоянов Петко*. Данъчно право. София: Изд. на БАН. 1994. с. 53–59.

⁵ См. Решение КС № 12 от 13 октября 2016 г. по к.д. № 13/2015 г.

⁶ *Стоянов Петко*. За естеството на облагането. Годишник на ЮФ на СУ. 1910. с. 23.

бличных налоговых задолженностей, а также относительно порядка их установления и исполнения.

Предвидимость юридических положений и правил, вызывающих налоговые правовые отношения, с учетом четкости их содержания является элементом также принципа правовой надежности и безопасности в качестве формального элемента понимания о правовом государстве¹. Требование о предвидимости налоговых положений и правил в качестве элемента правовой надежности и безопасности, лежит в основе построения любой современной налоговой системы².

Кроме как элемент упомянутых налоговых положений, которые выстраивают правовой каркас налогообложения, **условие предвидимости (четкости) налогово-правового устройства выявляет признаки также самостоятельного стандарта с нормативными функциями³.** Налоги обязывают дополнительно хозяйственные силы и деятельность граждан и оказывают влияние на всю их жизнь⁴. Как публичная юридическая обязанность, содержание и порядок исполнения которой устанавливаются государством в одностороннем порядке⁵, **налог должен получить дополнительную юридическую защиту путем признания условия предвидимости налогово-правовых последствий осуществления определенной хозяйственной деятельности (независимой экономической деятельности) и результатов от нее, как самостоятельный стандарт для законосообразности действий и актов по установлению и взысканию задолженностей по налогам.** Предвидимость юридических правил — это эксплицитно заявленное содержание *принципа четкого правового устройства*, который исключает неясное, неточное и нечеткое формулирование и налоговых правовых норм. Их четкий смысл гарантирует налоговым правовым субъектам возможность организовать свою хозяйственную активность с учетом также вида и размера сво-

¹ См. Решение КС № 1 от 27 января 2005 г. по к.д. № 8/2004 г. Относительно принципа и его проявления в качестве источника налогового права см. *Симеонова Гинка, Симеонов Атанас*. Принципът на правна сигурност и принципът на легитимните очаквания — гаранция за бенефициера при разходване на средства от фондовете на ЕС. Предизвикателства пред финансовото управление и контрол на средствата от ЕС. Доклади от международна научно-приложна конференция. 2016. Университетско издателство «Св. Климент Охридски», 234–253.

² О разных аспектах принципа в области налогообложения, см. *Demin Aleksander*. Certainty and Uncertainty in Tax Law: Do opposites Attract? // <https://www.mdpi.com/2075-471X/9/4/30>

³ О нормативных функциях правовых принципов, см. *Стоилов Янаки*. Нормативни функции на правните принципи. София. 2017. В: Сборник доклади от научна конференция. Унив. издателство, с. 218–229.

⁴ См.далее *Стоянов Петко*. За естеството на облагането Годишник на ЮФ на СУ. 1910. с. 9.

⁵ О характеристике публичных юридических обязанностей, см.далее *Чернева Бойка*. Юридическо задължение. София. 2019. Сиби. с. 110.

их налоговых обязательств, которые будут вызваны юридическими формами осуществляемой ими деятельности. Присущий налоговым правоотношениям нормативный метод регулирования, когда правоотношения власти и подчинения формируются без необходимости в выдаче конкретных административных актов в целях выявления и погашения налоговой задолженности¹, дополнительно подчеркивает значение принципа в качестве самостоятельного нормативного элемента правового каркаса налогообложения.

Предвидимость налоговых положений и правил — это одно из существенных условий действительности административных актов, выданных в судебных разбирательствах, включенных в налоговой процесс, по установлению и взысканию налоговых задолженностей². Принцип четкого правового устройства должен иметь место среди критериев поиска применимого юридического положения в решении налогово-правовых споров. В настоящей статье будет рассмотрено его значение в контексте конкретного случая в области налогообложения. Спор идет относительно законсообразности ревизионного акта, в силу которого постановлена задолженность по уплате НДС, начисленного в служебном порядке в связи с предоставлением услуг по отбору, анализу, хранению и переработке крови и ткани из пуповины медицинским учреждением, зарегистрированным в качестве банка тканей по смыслу п.7 ст.10 Закона о медицинских учреждениях. При предоставлении услуг налогообязанное лицо (адресат ревизионного акта) не начисляло налога на основании п.1 ст.39 Закона об НДС (ЗНДС/ЗДДС), в соответствии с которым *«медицинские услуги»* освобождены от налогообложения НДС. Понятие «медицинские услуги» не имеет дефиниции в налоговых целях в национальном законодательстве. Согласно ч.1 ст.82 Закона о здоровье, в медицинские услуги включено: медицинская помощь в случаях спешных состояний; профилактические осмотры и анализы и оказание помощи акушерами для всех женщин без медицинского страхования, независимо от порядка родоразрешения, в том диапазоне и в порядке, как указано в постановлении министра здравоохранения; стационарная психиатрическая помощь; ***обеспечение крови и продуктов крови и трансплантация органов, тканей***

¹ О признаках нормативного метода правового регулирования общественных отношений в связи с налогообложением, см. *Костов Милчо*. Роля на финансовото право и насоки на развитието му в условията на новата система на ръководство на народното стопанство // *Правна мисъл*, 1967, № 6, с. 60. И еще о налогово-правовых проявлениях «финансового автоматизма» в качестве типизированного правового отношения, см. *Димитрова Евелина*. Финансов автоматизъм // *Ius Romanium*, 2018, № 1 (ISSN 2367–7007).

² Относительно установленных нормативно требований о законности административных актов, см.: *Лазаров Кино*. Недействителност на административните актове. София. Феней. 2000. с. 10 и посл.

и клеток. Согласно ч.5 ст.2 Закона о трансплантации органов, тканей и клеток, деятельность по отбору, анализу, хранению и переработки крови и ткани из пуповины является **деятельностью по трансплантации.** Как позитивно-правовое основание для выдачи ревизионного акта, соответственно, для служебного начисления НДС, в ревизионном акте указаны решения Суда Европейского Союза (СЕС) по делам: С-86/09 и С-262/08, которые постановлены по толкованию буквы «б» § 1 ст.132 Директивы 2006/112/ЕО Совета от 28 ноября 2006 года относительно общей системы налога на добавленную стоимость (директива по НДС)¹, в соответствии с которой государства-члены освобождают... **[б]ольничную и медицинскую помощь**, как и тесно связанные с ними виды деятельности, осуществляемые публично-правовыми субъектами, или в социальных условиях, сопоставимых с применимыми для публично-правовых субъектов, больницами, терапевтическими или диагностическими медицинскими центрами и иными признанными надлежащим образом учреждениями аналогичного характера».²

Между упомянутыми положениями ЗНДС и директивой по НДС существует разница в объемах терминов, используемых в них, чтобы определить круг освобожденных от налогообложения НДС поставок, связанных со здравоохранением. Термин национального закона, устанавливающего освобожденные от начисления НДС поставки — это «услуги по здоровью», «**медицинские услуги**», и он не менялся с момента введения в Болгарии данного налога в 1994 г. В национальном законодательстве термины «медицинская помощь» и «медицинские услуги» не использованы как синонимы. В специализированном законода-

¹ Обн. ОВ L 347, стр. 1; Специально издание на български език, 2007 г., глава 9, том 3, стр. 7.

² В отношении применения и толкования упомянутой правовой нормы директивы по НДС Суд ЕС постановил, что в случае, если цель состоит единственно и только в том, чтобы гарантировать наличие определенного ресурса для лечения, если в таковом возникнет необходимость, но не и для того, чтобы служить для диагностики, терапии и, по мере возможности, успешного лечения заболеваний или расстройств здоровья, виды деятельности по отправке комплекта для отбора крови из пуповины новорожденных, в анализе и переработке этой крови и, возможно, в хранении содержащихся в ней стволовых клеток в целях возможного терапевтического использования их в будущем, рассматриваемые вместе или в отдельности, не могут быть включены в диапазон ни понятия «больничная и медицинская помощь», содержащегося в букве б) параграфа 1 ст.132 Директивы 2006/112/ЕО Совета от 28 ноября 2006 года относительно общей системы налога на добавленную стоимость, ни в диапазон понятия «предоставление медицинской помощи», содержащегося в букве в) параграфа 1 ст.132 этой же директивы. Это распространяется также на анализ крови из пуповины, кроме случая, если этот анализ действительно ставит себе цель диагностики, что на самом деле согласно постановлению СЕС запрашивающая юрисдикция по мере необходимости должна проверить. С-86/09 ECLI:EU:C:2010:334.

тельстве по здравоохранению они использованы в отношении как вида к роду. В таком отношении находятся термины и с учетом практики СЕС. Помимо разницы в смысле общего употребления терминов «**медицинская помощь**» и «**медицинские услуги**», можно извлечь аргументы, что они не изъясняют содержание идентичных понятий, которые можно употреблять как синонимы, также из мотивов, послуживших для выдачи ревизионного акта с такой распорядительной частью решения СЕС. В мотивах своего решения по делу С-86/09 (п.36) СЕС постановил: «...[Чт]о касается медицинских услуг, видно по судебной практике, что буква б) параграфа 1 статьи 13, А, Шестой директивы¹ распространяется на услуги, оказываемые в больничной среде, однако, буква в) данного параграфа распространяется на медицинские услуги, оказываемые вне больничной среды, причем в частном кабинете поставщика этой услуги, так же, как и в доме пациента, или на любом ином месте². Следовательно, целью положений букв б) и в) параграфа 1 статьи 13, А, Шестой директивы, которые имеют разное поле применения является урегулирование всех случаев освобождения **медицинских услуг в узком смысле**. В другом своем решении³ СЕС постановил, что фраза «**медицинская помощь**» **включает все гипотезы «медицинских услуг», в узком смысле слова, связанные с диагностикой, лечением и, по мере возможностей, успешным лечением заболеваний или расстройств здоровья** (*‘[t]he provision of medical care’ in letter (c) of the same provision are both intended to cover services which have as their purpose the diagnosis, treatment and, in so far as possible, cure of diseases or health disorders (see, to that effect, Dornier, paragraph 48)*). В этом смысле изложены и мотивы решения по делу С-334/14 (т.20), в котором СЕС показывает дополнительное развитие своей практики толкования: «... [У]слуги медицинского характера, оказываемые с целью сохранения, поддержания или восстановления здоровья людей, освобождены от налогообложения на основании букв б) и в) параграф 1 статьи 13, А Шестой директивы. По этой причине, хотя у них разные поля применения, эти положения ставят себе целью урегулировать все гипотезы освобождения **медицинских услуг в узком смысле**.⁴

¹ Шестая директива Совета (77/388/ЕЕС от 17 мая 1977 г. относительно сближения законодательств стран-членов, регулирующих вопросы налога на оборот — Общая система НДС: единая база налогообложения) и принятые к ее изменению и дополнению директивы консолидированы в действующей Директиве 2006/112/ЕО Совета..

² В этом смысле: Решение от 10 сентября 2002 г. по делу Kügler, С-41/00, Recueil, стр. I6833, т. 36.

³ С-106/05, Recueil, стр. I5123, точка 26.

⁴ См. решение Klinikum Dortmund, С-366/12, ЕУ:С:2014:143, т. 30 и 31 и цитированную практику суда, т.21.

Различный диапазон понятий, использованных в национальной правовой норме и в правовой норме Сообщества, которые определяют статус в отношении НДС поставок, связанных со здравоохранением, и мотивы упомянутых актов из практики СЕС обосновывают понимание неточного введения буквы «б» § 1 ст.132 Директивы 2006/112/ЕО Совета в национальный правовой порядок путем положения п.1 ст.39 ЗНДС. Как норма права ЕС, *которая не введена достаточно точно и в установленный срок, и согласно общему правилу, у нее нет обратного прямого эффекта*, правовая норма Сообщества и акты по ее применению не имеют значение применимого права.

Оценка относительно законного основания для выдачи ревизионного акта в данном конкретном случае включает также обязательство национальных административных и судебных органов дать соответствующее толкование п.1 ст.39 ЗНДС в свете текста и целей директивы по НДС. Рассматривая в теории принцип соответствующего директивам толкования национального права в качестве вмененного для системы Договора о функционировании Европейского Союза, поскольку он предоставляет возможность национальным юрисдикциям в рамках своих компетенций обеспечить полную эффективность права Союза, когда выносят решения по спорам, за решением которых обратились к ним, он имеет определенные ограничения¹. Обязанность национального суда ссылаться на содержание директивы в случае толкования и применения релевантных норм внутреннего права ограничен общими принципами права, и он не может служить основой толкования *contra legem* национального права². СЕС оставил за национальными судами окончательную оценку возможности осуществления толкование в соответствии с соответствующей директивой и ее *применимыми косвенно или соотносимыми к ней правовыми нормами* (в конкретном случае, оценка может распространяться только на соответствующее толкование с соотносимой правовой нормой, поскольку в букве «б» § 1 ст.132 нет признаков применимого положения). Принципы, которые оглашают предвидимость юридических положений и правил, или имплицитно содержат ее, устанавливают пределы соответствующего толкования. В конкретном случае ограничительную роль имеют также и нормы внутреннего законодательства по здравоохранению, и применимые акты вторичного права ЕС³.

¹ *Семов Атанас*. Задължението за съответствашо тълкуване — найширокообхватната последица от действието на правото на ЕС // Lex.bg news. Електронно издание (ISSN 2682–9606).

² В этом смысле и решение СЕС от 24 января 2012 г. по делу C- 282/10 (Maribel Dominguez) и решение от 15 января 2014 г. по делу C- 176/12, т.40 (AMS).

³ В отношении деятельности по трансплантации это: Директива 2004/23/ЕО Европейского парламента и Совета от 31 марта 2004 года относительно установления

Если в рассматриваемом случае, с целью избежать толкования *contra legem*, положения п.1 ст.39 ЗНДС останется без применения в качестве противопоставленной текста б. «б» § 1 ст.132 директивы по НДС, то режим поставок медицинских услуг будет установлен согласно общему положению ст.12 ЗНДС о налогообложении всех поставок¹, несмотря на то, что если данное государство-член принимает национальные меры по применению права ЕС, эти меры должны обеспечить предвидимость его правовых положений по диапазону и по содержанию в соответствии с принципом четкого правового устройства (принцип предвидимости), который обусловлен также практикой СЕС². Такой случай, каковым является вышеуказанный, ставит множество вопросов относительно стабильности налогового правопорядка и его четкости, в числе которых рассматривается и вопрос о нормативной функции принципа четкого правового устройства и его роли в поисках применимого юридического положения и правила в решении конкретного случая³.

В заключение хотелось бы сказать, что сложность нормативного комплекса, регулирующего налоговые правовые отношения, иерархия его норм и связей между ними, как и характер налогообложения,

стандартов по качеству и безопасности в случае дара, поставки, контроля, переработки, хранения и распределения тканей и клеток человека (ОВ L 102, 7.4.2004 г., стр.48–58) и Директива Европейской Комиссии 2006/17/ЕС от 8 февраля 2006 г. по применению Директивы 2004/23/ЕО. Согласно соображению 1 Директивы 2004/23/ЕО: «Трансплантация тканей и клеток человека является областью медицины с крупным развитием, которая предоставляет значительные возможности лечения заболеваний и болезней, которые на данный момент были неизлечимыми. По этой причине необходимо обеспечить качество и безопасность соответствующих субстанций, в частности, с целью превенции при передаче заболеваний».

¹ Согласно ч.1 ст.12 ЗНДС, налогооблагаемой поставкой является любая поставка товара или услуги по смыслу статей 6 и 9, которая осуществлена налогообязанным лицом по этому же закону, и имеет место исполнения на территории страны, как и поставка, которая облагается по нулевой ставке, осуществленная налогообязанным лицом, кроме случаев, в которых в данном законе предусмотрено иное. По мнению налогообязанного лица, с учетом предмета осуществляемых им поставок услуг в рассматриваемом случае, таковым иным предусмотренным положением закона является именно введенное положением п.1 ст. 39 ЗНДС освобождение поставок медицинских услуг.

² С-9/97, ECLI:EU:C:1998:497 п.66 — СЕС постановил, что принцип правовой надежности и безопасности требует четкости и точного составления правовых норм, чтобы правовые отношения, регулируемые правом ЕС, были предвидимыми (п.66) и С-118/97.

³ Решение конкретного правового спора выходит за рамки целей данной статьи, а именно подчеркнуть значение нормативных функций основных для налогового права принципов, в число которых включен и принцип четкого правового устройства в случае установления налогов, определения и взыскания налоговых задолженностей. По спорам, предмет которых этот же материально-правовой спор, постановленные решения суда по адм.д. № 7934/20 г. Высшего арбитражного суда — ВАС (первого отделения); адм.д. № 903/2019 г. ВАС (восьмого отделения); адм.д. № 7801/2018 г. Административного суда — АССТ (VI к.с.).

легитимируют вопрос о признании условия предвидимости налогово-правовых последствий осуществления вида определенной хозяйственной деятельности и результатов от нее, как самостоятельный стандарт законосообразности действий и актов по установлению и взысканию налоговых задолженностей. Имплицитное включение условия о четкости текста налоговой правовой нормы как реализация идеи о предвидимости в налоговом праве среди числа проявлений перечисленных в данной статье принципов: законности в установлении налогов и взыскании налоговых задолженностей, правового государства, правовой надежности и безопасности и легитимных ожиданий и запрещения ретроактивного действия налоговых правовых норм не представляет правовым субъектам защиты в достаточной мере от вмешательства в их имущественную сферу путем установления налогов непредвидимым образом. Обогащение применимых стандартов, регулирующих налоговые правовые отношения, принципом предвидимости — это не только гарантия лучшей защиты налогоплательщиков от налогового произвола, а во многих случаях — и от «экономической смерти», вследствие нормативного регулирования налоговых правовых отношений непредвидимым образом, но это является также защитой налоговой системы, функционирующей в условиях непрерывно изменяющейся экономической среды¹. Нормы нашего налогового законодательства должны соответствовать условию о четкости и предвидимости своего содержания как стандарт, **который является частью юридического каркаса для решения налогово-правовых споров, нарушение которого ведет к выдаче недействительных административных актов.**

Предвидимость налогового права — это достигнутый стандарт, если данная тема не является актуальным предметом научного исследования, и практика не выявляет примеров его нарушения, а, как отметил профессор Петко Стоянов, в налоговом праве «..[п]равовая надежность и безопасность... заключены в самом налоговом законе, и нельзя, чтобы только в его применении, и только в его толковании и применении искать и соблюдать положения права и справедливости».²

¹ *Stevenson Howard*. Moldoveanu.Mihnea. The Power of Predictability // Harvard Business Review. 1995.

² *Стоянов Петко*. Данъчно право (Налоговое право). София: Изд. на БАН (Издательство БАН). 1994. с. 125.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение этой работы заметим, что проблема политического отчуждения, четко сформулированная классиками политико-правовой мысли в Новое время, не потеряла актуальность и для современного состояния общества. В XXI веке по-прежнему существует настоятельная необходимость достижения между личностью, обществом и государством равновесного состояния. Эта проблема, как показали авторы монографии, носит междисциплинарный характер, в равной степени касаясь и фундаментальных наук, и догматической юриспруденции.

Как теоретическое исследование, монография не дает конкретного плана действий по реорганизации общественно-политического строя (такая задача перед авторами и не ставилась). Участники авторского коллектива не стремились создать и единственно верную для всех времен и народов теорию права и государства. Назначение книги иное — показать горизонт философско-теоретических проблем через функциональную составляющую права как фактора социальной стабильности. По оценкам авторов, политизированность данной темы, неразвитость юридического мышления в разные времена и для различных обществ препятствовали (и продолжают негативно влиять) построению гражданского общества и правового государства. В масштабах общества право не может (не должно) складываться по приказу свыше. Право отражает массовый интерес населения к пониманию общественных проблем, способность государственной власти отвечать на изменяющиеся социальные потребности, своевременно воплощая их в законодательстве, готовность публичной власти реально защищать конкретные права и свободы участников правоотношений.

Авторы обратили внимание на широкий спектр возможностей права в области воздействия на духовные, политические, экономические процессы, позволяющие в итоге сформировать самодостаточную личность с гражданской позицией, преодолев тем самым отчуждение между государством и обществом.

Е. А. Фролова

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Литература на русском языке

1. *Абрамов М. А.* (отв. ред.) О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли — М.: Наука, 1995. — 461 с.
2. *Агамбен Дж.* Номо Сасег. Суверенная власть и голая жизнь — М.: Европа, 2011. — 256 с
3. *Агамиров К. В.* Прогнозирование правового поведения. М.:Библио—Глобус, 2017. — 400 с.
4. *Агамиров К. В.* Прогнозирование правовых рисков: в 2 т. / К. В. Агамиров. — Москва: РУСАЙНС, 2018. — Т. 1. 328 с. ; Т. 2. 332 с.
5. *Агамиров К. В.* Роль, значение и уровни правовой активности в механизме правореализации // Человеческий капитал. 2014. № 5.
6. *Алексеев А. П.* (ред.) Краткий философский словарь. — М.: Проспект: Захаров, 2001. — 492 с.
7. *Алексеев Н. Н.* Современное положение науки о государстве и ее ближайшие задачи // Н. Н. Алексеев Русский народ и государство. — М.: Аграф, 2003. — С. 386–625.
8. *Алексеев С. С.* Собр.соч.: в 10 т. Т. 9. — М.: Статут, 2010. — 781 с.
9. *Алексеев С. С.* Теория права. — М.: Издательство БЕК,, 1995. — 320 с.
10. Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Нац. обществ.-науч. фонд. — М.: Мысль, 1999–749 с. (1 том), 829 с. (2 том), 829 с. (3 том), 812 с. (4 том), 828 с. (5 том)
11. *Аристотель.* Политика // *Аристотель.* Соч. В 4-х. Т. 4. М.: Мысль, 1983. — С. 376–644.
12. *Аристотель.* Этика. — М: АСТ, 2010. — 496 с.
13. *Аубакирова И. У.* Современная евразийская модель государственно-го управления: политико-правовое измерение: Монография. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2016. — 416 с.
14. *Баймаханов М. Т.* Право в глобальном мире: принцип верховенства права и актуализация традиционных начал и принципов // Вестник КазНУ. Сер. юридическая. 2011. №3.
15. *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов: СГАП, 2001. — 416 с.

16. *Бакунин М. А.* Философия. Социология. Политика. — М.: Правда, 1989. — 623 с.
17. *Басенко Н. А., Доманов В. Г., Запрудский Ю. Г.* и др. Политология. Краткий словарь / Под ред. В. Н. Коновалова. — Ростов н. Д.: Феникс, 2001. — 447 с.
18. *Бачинин В. А.* Энциклопедия философии и социологии права. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. — 1096 с.
19. *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях / Сост. и предисл. В. С. Овчинского. — М.: ИНФРА—М, 2004. — 184 с.
20. *Бердяев Н. А.* Философия свободы; Смысл творчества; Опыт оправдания человека. — М.: Издательство Юрайт, 2019. — 256 с.
21. *Бережнов А. А.* Роль науки трудового права в совершенствовании законодательства о разрешении трудовых споров // «Трудовое право в России и за рубежом». 2020. № 2.
22. *Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. — М.: Ad Marginem, 1999. — 432 с.
23. *Богданов А. А.* Тектология (Всеобщая организационная наука) в 2-х кн. Отделение экономики АН СССР. Институт экономики АН СССР. — М., Изд-во «Экономика», 1989. — 304 с.
24. *Больцано Б.* — Учение о науке (Наукоучение). Избранное. — СПб: Наука, 2003. — 519 с.
25. Большая советская энциклопедия: в 30 т. / Гл. ред. А. М. Прохоров. — 3-е изд. — М.: Сов. энцикл., 1969—1978.
26. Большой юридический словарь/ Под ред. А. Я. Сухарева. — 3-е изд., доп. и перераб. — М.: ИНФРА—М, 2007. — 858 с.
27. *Боннер А. Т.* Избранные труды. В 7 т. Т. 1: История гражданского процессуального права. Специфика гражданских процессуальных отношений. — М.: Проспект, 2020. — 336 с.
28. *Борисова Н. Е.* Историко—теоретические основы «детского» права // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «юридические науки». 2014. №13.
29. *Борисова Н. Е.* Дети как приоритет государственной политики в свете конституционной реформы 2020 года // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «юридические науки». 2021. № 1 (41).
30. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. — М.: «Статут», 1999. — 848 с.
31. *Братусь С. Н., Самощенко И. С.* Общая теория советского права. — Москва: Юрид. лит., 1966. — 491 с.
32. *Бромлей Ю. В.* Современные проблемы этнографии. — М.: Наука, 1981—390 с.
33. *Бузгалин А. В.* Человек в мире отчуждения: к критике либерализма и консерватизма. Реактуализация марксистского наследия // Вопросы философии. 2018. № 6. С. 155—166.

34. *Валеев Д. Х.* Принципы как процессуальные гарантии в исполнительном производстве // Закон. 2007. № 5.
35. *Варламова Н. В.* Пандемия COVID–19 как вызов конституционному правопорядку // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 6.
36. *Варламова Н. В., Васильева Т. А.* (ред.) Интернационализация конституционного права: современные тенденции: монография. — М.: ИГП РАН, 2017. — 224 с.
37. *Венгеров А. Б.* Теория государства и права: учебник для юридических вузов. — 6-е изд., стер. — М.: Омега–Л, 2009. — 607 с.
38. *Вилкова Т. Ю.* Принцип презумпции невиновности: история, современность, перспективы: монография. — Москва: Издательство Юрайт, 2020. — 173 с.
39. *Воронин М. В.* Основания и проявления системности права. — М.: Юрлитинформ, 2016. — 200 с.
40. *Вышинский А.* Вопросы права и государства у К. Маркса // Советское государства и право. 1938. №3.
41. *Гаджиев Г. А.* Методологические проблемы «прецедентной революции» в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4 (34).
42. *Гамбаров Ю. С.* Право в его основных моментах. // Сборник по общественно–юридическим наукам. Выпуск 1 (под ред. Ю. С. Гамбарова). СПб: книжный магазин и контора изданий О. Н. Поповой. 1899.
43. *Гарольд Дж. Берман.* Западная традиция права: эпоха формирования/ Пер. с англ. 2-е изд. — М.: Изд–во МГУ: Издательская группа. ИНФРА–М — НОРМА, 1998. — 624 с.
44. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. Пер. с нем.: Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц; Авт. вступ. ст. и примеч. В. С. Нерсесянц. — М.: Мысль, 1990. — 524 с.
45. *Гиренок Ф. И.* Свобода и судьба. Что мы поняли благодаря пандемии? — М.: Проспект, 2020. — 80 с.
46. *Гоббс Т.* Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. — М.: Мысль, 2001. — 478 с.
47. *Голенкова З. Т., Витюк В. В., Гридчин Ю. В., Черных А. И., Романенко Л. М.* Становление гражданского общества и социальная стратификация // Социс. 1995. № 6.
48. *Грачева С. А.* Доктрина верховенства права и судебные правовые позиции // Журнал российского права. 2014. № 4.
49. *Грищенко Л. Л., Гладких В. И.* О современных принципах правового обеспечения охраны общественного порядка и общественной безопасности // Вестник ГУУ. 2013. №8.
50. *Гроций Г.* О праве войны и мира: Репринт с изд. 1956 г. — М.: Ладомир, 1994. — 868 с.

51. *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции / Пер., доп. по 6-му англ. изд. О. В. Полторацкой; Под ред. П. Г. Виноградова. — М.: Тип. т-ва И. Д. Сытина, 1907. — 707 с.
52. *Джон Р., Мохандас Г.* Насилие и ненасилие: Философия, политика, этика. — М.: МИОС, 2003. — 192 с.
53. *Дибиров А.-Н.З., Пронский Л. М.* О природе политической власти // Вестник Московского университета. Серия 18, Социология и политология. 2002. № 2.
54. *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. — М.: Изд. Т-ва И. Д. Сытина, 1908. — 1000 с.
55. *Дюркгейм Э.* О разделении общественного труда / Пер. с фр. А. Б. Гофмана. — М.: Канон, 1996. — 432 с.
56. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб.: Н. К. Мартынов, 1908. — 599 с.
57. *Жуков В. Н.* Кантианство и неокантианство в русской социологии права // Государство и право. 2015. № 9.
58. *Жуков В. Н.* Русская философия права: от рационализма к мистицизму. РГ-Пресс. Москва, 2018. — 352 с.
59. *Жуков В. Н.* Русская философия права: от рационализма к мистицизму. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 400 с.
60. *Жуков В. Н.* Философия права. Словарь. 2-е изд., дораб. и доп. / Под ред. и сост. В. Н. Жукова. Изд. Мир философии, Алгоритм Москва, 2021. — 904 с.
61. *Жуков В. Н., Фролова Е. А.* Ценность человека в евразийской модели конституционализма // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2020. № 5.
62. *Зайцева Л. В., Курсова О. А., Хильчук Е. Л.* Обоснованность и последствия повышения пенсионного возраста // «Российский юридический журнал». 2019. № 2.
63. *Зиммель Г.* Избранное. Т. 1. Философия культуры. Том 1. Философия культуры — М.: Юрист, 1996. — 671 с.
64. *Иеринг Р.* Борьба за право. Перевод с 13-го немецкого издания / Пер.: Ершов С. И. — М.: Феникс, 1991. — 64 с.
65. *Иеринг Р.* Избранные труды. В 2-х томах. Т. 1. — С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — 618 с.
66. *Иеринг Р.* Избранные труды. В 2-х томах. Т. 2. — С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — 547 с.
67. *Ильин И. А.* Общее учение о праве и государстве. — М.: ООО «Издательство АСТ», 2006. — 510 с.
68. *Ильин И. А.* Почему мы верим в Россию: — М.: Эксмо, 2006 г. — 912 с.
69. *Иоффе О. С.* Избранные труды: Правоотношение по советскому гражданскому праву. В 4-х томах. — С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 574 с (Т. 1).

70. *Исаев И. А.* (составитель, вступ. ст.). Пути Евразии. Русская интеллигенция и судьбы. — М.: Русская книга, 1992. — 429 с.
71. *Исаков В. Б.* Ценностный подход в юридическом дискурсе // Правовые ценности в фокусе сравнительного правоведения: сб. мат. IX Международного конгресса сравнительного правоведения / Москва, 2 декабря 2019 г. — М.: ИЗСП при Правительстве РФ; ИД «Юриспруденция», 2020.
72. *Кант И.* К вечному миру. Сборник. — М.: Рипол—Классик, 2021. — 434 с.
73. *Кант И.* Критика чистого разума / Пер. с нем. Н. О. Лосского. — 2-е изд. — Пг.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1915. — VIII, 464 с.
74. *Кант И.* Основы метафизики нравственности; Критика практического разума; Метафизика нравов. — СПб.: Наука, 1995. — 528 с.
75. *Кант И.* Сочинения в шести томах / Под общ. ред. В. Ф. Асмуса. А. В. Гулыги, Т. И. Ойзермана. — М.: «Мысль», 1964. — 799 с.
76. *Карева М. П.* Право и нравственность в социалистическом обществе / Отв. ред.: Фельдкин Г. И. — М.: Изд-во АН СССР, 1951. — 184 с.
77. *Кареев Н. И.* Введение в изучение социологии. — Москва: Издательство Юрайт, 2021. — 319 с.
78. *Касавин И. Т.* Источники знания: проблема «testimonial knowledge» // Эпистемология и философия науки. 2013. Т. XXXV. № 1.
79. *Касавин И. Т.* Пространство: бытийственная основа знания // Эпистемология и философия науки. 2008. Т. XVIII. № 4.
80. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 2-е изд / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лезова. — СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф—Пресс», 2015. — 542 с.
81. *Керимов А. Д.* Демократия: опыт критического анализа. М.: Норма 2019. — 184 с.
82. *Керимов Д. А.* Избранные произведения: В 3 т. — М.: Издат. дом «Академия», 2007. — 432 с.
83. *Керимов Д. А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. 2-е изд. М.: Аванта+, 2001. — 559 с.
84. *Кильдюшов О.* Проблема социального порядка (Гоббсова проблема): к эвристике и прагматике конститутивного вопроса современной теории общества // Социологическое обозрение. 2016. т.15. №3.
85. *Кистяковский Б.* В защиту права (Интеллигенция и правосознание) (часть 1) // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы 2005. Вып. 1.
86. *Кистяковский Б. А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. — М.: М. и С. Сабашниковы, 1916. — 704 с.
87. *Кистяковский Б. А.* Философия и социология права. — СПб.: Изд-во РХГИ, 1998. — 799 с.
88. *Кодан С. В.* Партийно-государственные механизмы обеспечения реализации идеологической бесколлизии советского социалистического права (1917–1980-е гг.) // Юридическая техника. 2017. № 11.

89. *Койчуев Т.* Глобализация — противоречивая черта современного мирового развития // Общество и экономика. 2000. № 3—4.
90. *Коркунов Н. М.* Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. — СПб., 1909 (Тип. М. М. Стасюлевича). — 630 с.
91. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. — Лекции по общей теории права. — Москва: Издательство Юрайт, 2019. — 420 с.
92. *Котляревский С. А.* Развитие советского законодательства о местном хозяйстве. М.: Юрилич. изд-во НКЮ РСФСР «Мосполиграф», 1928. — 160 с.
93. *Кроткова Н. В.* Взгляды С. А. Котляревского на конституционный строй Российской Империи и Советской России // Государство и право. 2008. № 3.
94. *Кроткова Н. В.* Государственно-правовые взгляды С. А. Котляревского: монография. — М.: Юрид. изд-во «ЮРКОМПАНИ», 2011. — 352 с.
95. *Кувалдин В., Рябов А.* Национальное государство в эпоху глобализации // Свободная мысль — XXI. 2000. № 1.
96. *Кудряцев В. Н.* Избранные труды по социальным наукам: в 3 т. — М.: Наука, 2002.
97. *Кучина М. С.* Специализированные суды: зарубежный опыт и перспективы развития в России // Российский следователь. 2017. № 13.
98. *Ла Боэси Э.* Рассуждение о добровольном рабстве. М.: Изд-во АН СССР, 1962. — 148 с.
99. *Лазарев В. В.* Идеология конституционного реформирования правовой системы Российской Федерации // Журнал российского права. 2021. № 4.
100. *Лазаревский Н. И.* Русское право. Т. 1. Конституционное право. — Пг.: Тип. Ред. период. изд. М-ва фин., 1917. — 272 с.
101. *Лейнхарт А.* Конституционные альтернативы для новых демократий // Полис. 1995. № 5.
102. *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права / М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. — 288 с.
103. *Ленин В. И.* Полное собрание сочинений в 55 томах. — М: Изд-во Политической литературы, 1958. — 36520 с.
104. *Лесив Б. В.* О корректном понимании названия трудов О. Холмса «The Common Law» и «The Path of the Law»: теоретико-историческое рассуждение // Юрическое образование и наука. 2021, №6.
105. *Лесив Б. В.* Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса // История государства и права. 2021, №5.
106. *Ли Куан Ю.* Сингапурская история. Из «третьего мира» — в первый. — М.: Изд-во МГИМО МИД России, 2005. — 657 с.

107. *Локк Дж.* Сочинения: В 3 т./Пер. с англ. и лат. Т. 3/Ред. и сост., авт. примеч. А.Л. Субботин. — М.: Мысль, 1988. — 668 с.
108. *Лосев А. Ф.* Вещь и имя; Самое само / подготовка текста и общая редакция А.А. Тахо-Годи и В.П. Троицкого; вступительная статья А.Л. Дობрохотова; комментарии С.В. Яковлева. — Изд. 2-е, испр. — Санкт-Петербург: Изд-во Олега Абышко, 2016. — 573 с.
109. *Лосский Н. О.* Условия абсолютного добра: Основы этики. Характер русского народа. — М.: Политиздат, 1991. — 368 с.
110. *Макхиджани А.* От глобального капитализма к экономической справедливости: устранение из мировой экономической системы нищеты, насилия и ухудшения окружающей среды. — Новосибирск: 2000. — 216 с.
111. *Малько А. В.* Категория «правовая жизнь»: проблемы становления // Государство и право. 2001. №5.
112. *Малько А. В., Шундигов К. В.* Цели и средства в праве и правовой политике. — Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратов. гос. акад. права», 2003. — 296 с.
113. *Мамардашвили М. К.* Очерк современной европейской философии. — М: Азбука, 2014. — 608 с.
114. *Мамардашвили М. К.* Философские чтения: [Введение в философию. Эстетика мышления. Картезианские размышления]. — СПб.: Азбука—классика, 2002. — 824 с.
115. *Манхейм К.* Человек и общество в эпоху преобразования // *Манхейм К.* Диагноз нашего времени / Пер. с нем. и англ.; Отв.ред. и сост. Я. М. Бергер и др. — М.: Юрист, 1994. — 700 с.
116. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. (в 39 томах). — М.: Гос. изд-во политической литературы, 1954. — 25160 с.
117. *Марченко М. Н.* Правовое государство и гражданское общество (теоретико—правовое исследование). Учебное пособие. — М.: Проспект, 2015. — 648 с.
118. *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть: Учебник для юридических вузов — М.: Зерцало, 2001. — 560 с.
119. *Масленников Д. В.* «Злая тьма манихейская...» (гностицизм как источник культа зла в истории европейского общества) // Образование, экономика, общество. 2014. № 1–2 (41–42).
120. *Масленников Д. В.* Время и вечность в Царстве Отца, Царстве Сына и Царстве Святого Духа (богословский и философский аспект в гегелевской философии религии) // Вестник Русской христианской гуманитарной академии. 2020. Т. 21. № 4–1.
121. *Матненко М. В.* Развитие третейского урегулирования разногласий в трудовых отношениях // «Трудовое право». 2009. № 11.
122. *Матузов Н. И.* Правовой нигилизм и правовой идеализм как явления российского политического менталитета // Право и жизнь. 2002. №4(47).

123. *Матузов Н. И.* Теория государства и права: учебник / Н. И. Матузов, А. В. Малько. — 5-е изд. — Москва: Дело, 2020. — 528 с.
124. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право (в 2 ч.) Ч. 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902 / Под ред. В. С. Ем; авт.вступ. ст. А. Гольмстен — М.: «Статут», 2003. — 831 с.
125. *Мирович А.* Ограничения и несостоятельность концепции гражданского неповиновения по Ролзу // Вестник Череповецкого государственного университета. 2013. №4 (52).
126. *Муромцев С. А.* Определение и основное разделение права. — М.: Типография А. И. Мамонтова и Ко, 1879. — 240 с.
127. *Муромцев С. А.* Суд и закон в гражданском праве // Юридический Вестник. 1880. № 11.
128. *Муромцев С. А.* Творческая роль юриспруденции // Юрид. вести. 1887. № 9.
129. *Напалкова И. Г.* Национальные правовые системы: понятие и классификация // Российский юридический журнал. 2021. № 1
130. *Нерсесянц В. С.* Философия права: Учебник для вузов. — М.: Норма, 2005. — 656 с.
131. *Нерсесянц В. С.* Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире. Государство и право. 2005. № 5.
132. *Нерсесянц В. С.* (общ. ред.). Проблемы общей теории права и государства: Учебник — 2-е изд., пересмотр. — М.: Норма: ИНФРА-М, 2014. — 816 с.
133. *Новгородцев П. И.* Избранные труды. — М.: РОССПЭН, 2010. — 960 с.
134. *Новгородцев П. И.* Об общественном идеале. — М.: Издательство «Пресса», 1991. — 640 с.
135. *Новгородцев П. И.* Право и нравственность. // Правоведение. 1995. № 6
136. *Общая социология: Учебное пособие / Под общ. ред. А. Г. Эфендиева.* — М.: ИНФРА-М, 2007. — 654 с.
137. *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. — М.: АСТ, 2020. — 736 с.
138. *Орехова Т. Р.* Интересы и их реализация в праве в современных условиях // Государство и право. 2018. №6.
139. *Орехова Т. Р.* Ленинское учение о государственной дисциплине и его отражение в советской юридической науке // Государство и право. 2017. №12.
140. *Орехова Т. Р.* О некоторых вопросах плюрализма воззрений в рамках теории государства и права // Государство и право. 2019. №9.
141. *Орбец В. М.* Специализированные трудовые суды: зарубежный опыт и российское законодательство // «Журнал российского права». № 9. 2003.
142. *Осинов Г. В.* (ред). Американская социология. Перспективы, проблемы, методы. — М.: Прогресс, 1972. — 392 с.

143. *Панькина И. Ю.* Презумпция невиновности: теория и практика реализации в российском уголовном процессе. — М.: Юрлитинформ, 2010. — 140 с.
144. *Парсонс Т.* Система современных обществ / Пер. с англ. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева. Под ред. М. С. Ковалевой. — М.: Аспект Пресс, 1998. — 270 с.
145. *Пащенко И. Ю.* «К вопросу стабильности правовой среды и законодательства в Российской Федерации» // Science Time. 2014 № 12 (12).
146. *Перлов И. Д.* Предание суду в советском уголовном процессе — М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. — 200 с.
147. *Петерсон К.* Понятие правовой догматики: от фикции к факту // Правоведение. 2012. № 1.
148. *Петражицкий Л. И.* Введение в изучение права и нравственности. Эмоциональная психология. Основы эмоциональной психологии. — 3-е изд. — СПб.: типография Ю. Н. Эрлих, 1908. — 265 с.
149. *Петражицкий Л. И.* Теория и политика права. Избранные труды. — СПб.: Унив. изд. консорциум Юридическая книга, 2010. — 1031 с.
150. *Певтуев В., Черновская В.* Развивающийся мир: глобализация или регионализация? // Мировая экономика и международные отношения. 2000. № 7.
151. *Поленина С. В.* Законотворчество в Российской Федерации. — М.: Изд-во ИГиП РАН, 1996. — 143 с.
152. *Поппер К.* Открытое общество и его враги. Т. 1. Чары Платона / пер. с англ. — М.: Международный фонд Культурных инициатив, 1992. — 448 с.
153. *Поппер К.* Открытое общество и его враги. т. 2. Время лжепророков: Гегель, Маркс и другие оракулы / пер. с англ. — М.: Международный фонд Культурных инициатив, 1992. — 528 с.
154. *Поцелуев Е. Л.* «Правовая» система Германии в 1933–1945 годах // Государство. Право. Война (к 75-летию Победы советского народа в Великой Отечественной войне) — СПб: СПбУ МВД России. 2020.
155. *Поцелуев Е. Л.* Обсуждение (дискурс) суверенитета в российской правовой науке в конце XIX — начале XX вв. // Государство и право. 2016. № 12.
156. *Придворов Н. А., Трофимов В. В.* Правообразование и правообразующие факторы в праве. — М.: Норма, 2012. — 400 с.
157. *Пугинский Б. И., Шестакова М. П.* Законность и дисциплина в хозяйственной деятельности. — М.: Знание, 1987. — 125 с.
158. *Пферсманн О.* Ономастический софизм: изменение вместо познания. Интерпретация Конституции // Сравнительное Конституционное Обозрение. 2012. № 4(89).
159. *Радбрух Г.* Философия права / пер. с немецкого. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 240 с.

160. *Регельсбергер Ф.* Общее учение о праве. — М.: типография т-ва И. Д. Сытина, 1897. — 295 с.
161. *Рейснер М. А.* Идеологии Востока: очерки восточной теократии. — М: Либроком, 2012. — 346 с.
162. *Ренненкампф Н. К.* Очерки юридической энциклопедии (издание 2-е, исправленное и дополненное). — СПб: издание Н. Я. Оглоблина, комиссионера II отделения собственной Е. И. В. Канцелярии, 1880. — 292 с.
163. *Рикер П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике / Пер. с фр. и вступит. ст. И. Вдовиной. — М.: «КАНОН—пресс—Ц»; «Кучково поле», 2002. — 697 с.
164. *Риккерт Г.* Науки о природе и науки о культуре/ Пер. с нем. — М: Республика, 1998. — 413 с.
165. *Ролз Дж.* Теория справедливости: пер. с англ. — М.: Изд-во ЛКИ, 2010. — 536 с.
166. *Руссо Ж. Ж.* Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. — М.: «КАНОН—пресс», «Кучково поле», 1998. — 416 с.
167. *Рыбаков О. Ю.* Тип правопонимания как ценностно-мировоззренческие права предпосылки толкования права // Образование и право. 2017. № 2.
168. *Савенков А. Н.* Государство и право в период кризиса современной цивилизации: монография. — Москва: Проспект, 2020. — 448 с.
169. *Савиньи Ф. К. фон.* Система современного римского права. Т. 1 / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под. ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. — М.: Статут, 2011. — 510 с.
170. *Сартр Ж. П.* Проблемы метода. Статьи / Пер. с французского — М.: Академический Проект, 2008. — 222 с.
171. *Сауляк О. П.* Законность и правопорядок: на пути к новым парадигмам. М.: Юрлитинформ, 2009. — 224 с.
172. *Сауляк О. П.* Правопорядок: контуры новых подходов к исследованию. Монография. — М.: Изд-во «Социально-политическая мысль», 2009. — 252 с.
173. *Сауляк О. П.* Сущность правопорядка: теоретико-методологическое исследование: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. — М., 2010. — 53 с.
174. *Синюков В. Н.* Российская правовая система: введение в общую теорию. — 2-е изд., доп. — М.: Норма, 2010. — 670 с.
175. *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса (Судоустройство — Судопроизводство). — С.-Пб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1913. — 684 с.
176. Современная западная социология: словарь /сост. Ю. Н. Давыдов, М. С. Ковалева, А. Ф. Филиппов [и др.] — М: Политиздат, 1990—432 с.
177. *Соловьев В.* Философские начала цельного знания. — М: Академический проспект, 2011. — 383 с.

178. *Соловьев В. С.* Оправдание добра. Нравственная философия. — М.: Республика, 1996. — 479 с.
179. Сравнительное правоведение: национальные правовые системы / И. С. Власов, В. И. Лафитский, О. А. Макаренко и др.; под ред. В. И. Лафитского. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2012. Т. 1: Правовые системы Восточной Европы. — 528 с.
180. *Степаненко Р. Ф.* Справедливость и законопорядок: теоретико–методологический аспект // Государство и право. 2020. № 6.
181. *Степаненко Р. Ф., Юн Л. В.* Этические основы правоприменительной деятельности: актуальные вопросы теоретического правоведения // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2018. № 2 (32).
182. *Столяров В. И.* Социальные проблемы современного спорта и олимпийского движения (гуманистический и диалектический анализ). — М.: Максат, 2015. — 466 с.
183. *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. — М.: Наука, 1968. — 470 с.
184. *Стучка П. И.* Введение в теорию гражданского права. Курс советского гражданского права. — М.: Изд–во Ком. Акад., 1927. — 230 с.
185. *Стучка П. И.* Революционная роль советского права. Хрестоматия–пособие для курса «Введение в советское право» — М.: Сов. законодательство, 1931. — 216 с.
186. Судебная практика в современной правовой системе России: монография / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. В. Габов и др.; под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М.: ИЗиСП, НОРМА, ИНФРА–М, 2017. — 432 с.
187. *Султанов А. Р.* Упрощение судопроизводства, или по ком звонит колокол? // Вестник гражданского процесса. 2018. № 5.
188. *Супатаев М. А.* О постижении и познании правовых явлений. Становление цивилизационного подхода к праву // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 1. С. 90–120.
189. *Сюкияйнен Л. Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики / отв. ред. В. А. Туманов. — М.: Наука, 1986–236 с.
190. *Сюкияйнен Л. Р.* Шариат и мусульманско–правовая культура / Отв. ред.: *Топорнин Б. Н.* — М.: Изд-во ИГиП РАН, 1997. — 46 с.
191. *Таубе М. А.* История зарождения современного международного права (средние века). Том I: Введение и Часть Общая / Бар. М. А. Таубе. — СПб.: Типо–Литография П. И. Шмидта, 1894. — XII, 370, [2] с.
192. *Таубе М. А.* История зарождения современного международного права (средние века). Том II: Часть Особенная: Принципы мира и права в международных столкновениях средних веков / Исследование Бар. М. А. Таубе. — Харьков: Паровая Типография и Литография Зильберберг, 1899. — VIII, X, 363 с.

193. Теория государства и права / И. С. Ибраева, С. А. Сартаев и др. — Алматы: Жеты Жаргы, 2017. — 344 с.
194. Теория права и государства в связи с теорией нравственности в 2 ч. Часть 1 / Л. И. Петражицкий. — Москва: Издательство Юрайт, 2019. — 237 с.
195. Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1990. №5.
196. Токвиль А. Старый порядок и революция. Старый порядок и революция / пер. с фр. Л. Н. Ефимова. — СПб.: Алетейя, 2008. — 248 с.
197. Тощенко Ж. Т. Новые тенденции в развитии российской социологии // Социологические исследования. 2013. № 4.
198. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4.
199. Тропер М. Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. — М.: Институт права и публичной политики, 2006, № 1 (54).
200. Трофимов В. В. Конфликт и сотрудничество как объективная основа правообразовательного процесса // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2010. № 2.
201. Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. — М: Либроком, 2012. — 234 с.
202. Трубецкой Е. Н. Труды по философии права. — СПб.: Издательство РХГИ, 2001. — 540 с.
203. Ферри Э. Уголовная социология. — М.: Инфра-М, 2005. — 658 с.
204. Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. Т.2. // Под ред. М. Н. Марченко. — М.: РГ-Пресс, 2011. — 552 с.
205. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. — М.: ИРИСЭН; Мысль, 2016. — 516 с.
206. Фихте И. Г. Сочинения в двух томах / Сост. и прим. Вл. Волжского. — СПб.: Мифрил, 1993.— 687 с (Т.1), 798 (Т.2)
207. Фихте И. Г. Основа естественного права согласно принципам наукоучения / пер. с нем. А. К. Судакова. — М.: «Канон+» РООИ «Реабилитация», 2014. — 392 с.
208. Фихте И. Г. Основные черты современной эпохи. — СПб.: Жуковский Д. Е., 1906. — 232 с.
209. Франк С. Л. Реальность и человек. Метафизика человеческого бытия. — Paris: YMCA-Press, 1956 (Paris: Impr.de Navarre). — 416 с.
210. Франк С. Л. Смысл жизни // Вопросы философии. 1990. №6.
211. Фролова Е. А. Из истории философии права: Т. Гоббс о государстве и праве // Право и государство: теория и практика. 2020. № 6 (186).
212. Фролова Е. А. Методология и философия права: от Декарта до русских неокантианцев: монография. — Москва: Проспект, 2017. — 304 с.

213. *Фролова Е. А.* Рациональные основания права. Классика и современность. Монография. — М.: Проспект, 2020. — 576 с.
214. *Фролова Е. А.* Революция и реформа: pro et contra // *Философия политики и права.* 2017. № 8.
215. *Фролова Е. А.* Философия права в России: неокантианство (вторая половина XIX — первая половина XX века): монография. — М.: Проспект, 2019. — 462 с.
216. *Фуко М.* Рождение биополитики. — СПб.: Наука, 2010. — 448 с.
217. *Фуллер Лон Л.* Мораль права; пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Куряева. — М.: ИРИСЭН, 2007. — 308 с.
218. *Хабермас Ю.* Между натурализмом и религией. — М.: Издательство «Весь Мир», 2011. — 336 с.
219. *Хайдеггер М.* Положение об основании. Статьи и фрагменты / Пер. с нем., глоссарий, послесловие О.А. Коваль, предисловие Сиверцева Е. Ю. — СПб.: Лаборатория метафизических исследований философского факультета СПбГУ, 1999
220. *Хайдеггер М.* Что зовется мышлением? / Пер. с нем. — М.: Издательский дом «Территория будущего», 2006.— 320 с.
221. *Хайек Ф.А. фон.* Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. — Москва; Челябинск: ИРИСЭН, Социум, 2016. — 644 с.
222. *Хамидуллина Ф. И.* Право и нравственность в цивилистической действительности. // *Вопросы экономики и права.* 2017. № 112.
223. *Хамидуллина Ф. И.* Формализация нравственных начал в гражданском законодательстве. // *Юридический мир.* 2019. № 5.
224. *Хвостов В. М.* Общая теория права: Элементарный очерк. — С.-Пб.: Н. П. Карбасников, 1914. — 160 с.
225. *Цалиев А. М.* Конституционные (уставные) суды субъектов РФ и современный правопорядок (тезисы выступления к 25-летнему юбилею Конституции РФ) // *Российский судья.* 2019. №12
226. *Червонюк В. И.* (общ. ред.). Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов. —М.: КолосС, 2003. —544 с.
227. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. Монография. — М.: Алет-Пресс, 2012—650 с.
228. *Чистяков О. И.* Конституция РСФСР 1918 года. Учебное пособие. — М: Изд-во МГУ, 1984. — 206 с.
229. *Шавеко Н. А.* Категорические правовые принципы в эпоху постмодерна. Интервью с профессором Отфридом Хэффе // *Кантовский сборник.* 2018. №1.
230. *Шершеневич Г. Ф.* Избранное: В 6 т. Т. 4, включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенинников. — М.: Статут, 2016. — с. 752

231. *Шмитт К.* Политическая теология. — М: Канон—Пресс, 2000. — 336 с.
232. *Шопенгауэр А.* Собрание сочинений (в 6 томах). — М: Терра—книжный клуб, 1999. — 2976 с.
233. *Штаммлер Р.* Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально—философское исследование Рудольфа Штаммлера / Перевод с немецкого. — СПб.: Типография М. Меркушева, 1898. — 310 с.
234. *Штомпка П.* Социология. Анализ современного общества / Пер. с польск. СМ. Червонной. — М.: Логос, 2005. — 664 с.
235. *Шумилов В. М.* Взгляд на историю международных отношений и международного права в контексте цивилизационного подхода // Московский журнал международного права. 2014. № 3.
236. *Щекин Д. М.* Юридические презумпции в налоговом праве. — М.: МЗ Пресс, 2002. — 252 с.
237. *Эрлих О.* Основоположение социологии права / Пер. с нем. М. В. Антонова; Под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. — 704 с.
238. *Юн Л. В.* Понятие правовой культуры: история и современность. // Вестник ТИСБИ. 2017. № 1.
239. *Юнг К.* Собр. соч. Дух Меркурий. — М.: Канон, 1996. — 384 с.
240. Юридическая наука в современном мире. Россия и Болгария (под общей редакцией Е. А. Фроловой). — М: Проспект, 2020. — 584 с.
241. *Яковлев В. Ф.* Правовое государство: вопросы формирования. — М.: Статут, 2012. — 488 с.
242. *Ясперс Карл.* Философия. Книга первая. Философское ориентирование в мире/ Пер. А. К. Судакова. — М.: «Канон+» РООИ — «Реабилитация», 2012. — 384 с.

Литература на иностранных языках

1. *Ahmed S. El-Kosheri.* History of the Law of Nations Regional Developments: Islam // Rudolf Bernhardt (ed.). Encyclopedia of Public International Law. Vol. 2. Amsterdam/Tokyo, North-Holland: Elsevier Science, 1995.
2. *Alschuler A.* The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later, 49 Florida Law Review 353 (1997).
3. *Alvarez A.* Le droit international americain. Paris, A. Pedone, 1910.
4. *Anghie A.* Identifying Regions in the History of International Law // The Oxford Handbook of the History of International Law. Ed. by Bardo Fassbender and Anne Peters. 2012.
5. *Archi G. G.* Le Institutiones di Giustiniano lette nell'unita del Corpus Iuris // Collatio iuris romani. Mélanges H. Ankum, Vol. I, Amsterdam, 1995.

6. *Avila H.* Theory of Legal Principles. Berlin: Springer, 2007.
7. *Lorca A. B.* Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation // Harvard International Law Journal. 2010. Vol.51. No 2.
8. *Bergman T.* Formation rules and minority governments. — European Journal of Political Research, No. 23(1), 1993, January, 55–66; Bergman, T. Constitutional Design and Government Formation: The Expected Consequences of Negative Parliamentarism. — Scandinavian Political Studies, No. 16 (4), 1993, December, 285–304; De Winter, L. The Role of Parliament in Government Formation and Resignation. — Parliaments and Majority Rule in Western Europe New York: St. Martin's Press, 1995.
9. *Beulke W.* Strafprozessrecht. 12 auflage. M.: C. F. Muller, 2012.
10. *Binding K.* Handbuch des Strafrechts: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft / hrsg. von Karl Binding. Duncker & Humblot, 1885.
11. *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. (1765–1769). V. I.
12. *Carnap R.* Formalwissenschaft und Realwissenschaft, Erkenntnis, 1935, Vol. 5.
13. *Cirlon J. E.* A Dictionary of Symbols, Routledge, 2001.
14. *Cohen H.* The spirit of our laws. Cambridge, W. Heffner. 1906
15. *Dorf M.* Prediction and the Rule of Law. — Cornell Law Faculty Publications, 1995, Vol. 42, No 3.
16. *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. Muenchen Leipzig, 1913.
17. *Ehrlich E.* Montesquieu and sociological jurisprudence // Harvard Law Rewiew. April. 1915.
18. *Epstein L. D.* Parliamentary Government. — International Encyclopedia of the Social Sciences. Ed. by D. L. Sills, N. Y., 1968, vol. 11.
19. *Ferguson Y., Mansbach R.* Global Politics at the Turn of the Millenium: Chening Bases of “US” and “Them”.— International Studies Review”, 1999, Summer.
20. *Friedmann W.* Legal Theory, Second ed., London: Stevens & Sons, 1949.
21. *Fuller L. L.* The Morality of Law. New Haven and London: Yale University Press, 1964.
22. *Fusilier R.* Les monarchies parlementaires, Paris, 1960.
23. *Gray J. C.* The Nature and Sources of Law [1909], Second ed., Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972.
24. *Hamer D.* A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence. — Oxford Journal of Legal Studies, 2011, Vol. 31, No. 2..
25. *Hardin R.* Law and Social Order // Philosophical Issues. Vol.11, Social, Political, and Legal Philosophy. 2001.
26. *Harris J. W.* Legal Philosophies, Second ed., London, Edinburg and Dublin: Butterworths, 1997.

27. *Holmes O. W.* The Path of the Law. Harvard Law Review. Vol. 110. No. 5 (Mar., 1997).
28. *Holmes O. W.* The Path of the Law Source: Harvard Law Review, Mar. 25, 1897, Vol. 10, No. 8 (Mar. 25, 1897).
29. *Humbert M.* La Loi des XII tables. Edition et commentaire. Roma, Ecole française de Rome, 2018.
30. *Monteverdi D.* La questione decemvirale. Itinerari e risultati di una complessa vicenda storiografica. Milano, 2019.
31. *James A. R. Nafziger Stephen F. Ross.* Handbook on International Sports Law. Edward Elgar Publishing, 2011.
32. *Jankowski H.* Prawo i moralnosc. Warszawa, 1968.
33. *Jeanneau B.* Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1991.
34. *Kelsen Hans.* Das Problem der Souverinitat und die Theorie des Volkerrechts. Tubingen, 1940.
35. *Kelsen.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom aus der Lehre vom Rechtssätze, 2. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1923.
36. *Kirchmann J.* Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Verlag Julius Springer, Berlin, 1848.
37. *Kornmeier M.* Wissenschaftstheorie und wissenschaftliches Arbeiten: Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler, Physica-Verlag Heidelberg, 2007.
38. *Lai T-H.* Justifying Uncivil Disobedience. // Oxford Studies in Political Philosophy 5:90. 2019. *Blaakman M.* Civil disobedience in a distorted public sphere. // Krisis, 2012, Issue 3.
39. *Laudan L.* The presumption of Innocence: Material or Probatory? — Legal Theory, 2005, Vol.11, No 4.
40. *Linz J.* Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? — *Juan J. Linz and Arturo Valenzuela* (eds.). The Crisis of Presidential Democracy: The Latin American Evidence, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994, p. 7; *Linz, J.* The Virtues of Parliamentarism. — Journal of Democracy, 1990, vol. 1, No. 4.
41. *Malina Novkirishka-Stoyanova.* Ius Publice Respondendi Ex Auctoritate Principis // Lus Romanum, 2015, №1.[1] Liv.
42. *Minda G.* Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End, New York and London: New York University Press, 1995.
43. *Morris J.* (editor). The Common Law Library. General Principles. Vol. I. Twenty-Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 1961.
44. *Moses Hess.* Über das Geldwesen // Rheinische Jahrbücher zur gesellschaftlichen Reform. Bd. 1. Darmstadt, 1845. *Morris J.* (editor). The Common Law Library. General Principles. Vol. I. Twenty-Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 1961.
45. *Petrzycki L.* O podbdkach postapowania i o istocie moralnosci i prawa. Warszawa, 1924.

46. *Post R.* The Challenge of Globalization to American Public Law Scholarship, *Theoretical Inquiries in Law*, 2001, Vol. 2, No 1 pp. 324–325, к которому меня направил Zoller, E. *Introduction to Public Law: A Comparative Study*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 5, note 11.
47. *Pound R.* *Social control through law.* — Transaction Publishers, 1997.
48. *Pound R.* *The spirit of the common law.* — Transaction Publishers, 1963.
49. *Prauss G.* *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel.* München: Verlag Karl Alber, 2008.
50. *Pufendorff S.* *Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte* Franckfurt a.M.: Knochen / Wächter. 2009;
51. *Raz J.* *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979. P. 272–273.
52. *Roach Anleu S. L.* *Law and Social Change.* London: SAGE Publications, 2000.
53. *Rousseau Ch.* *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international // Revue Générale de Droit International Public.* 1932. pp. 132–192; *J. Basdevant, Règles du droit de la paix // Recueil des cours de l'Académie de La Haye.* 1936. Vol. 58. tome IV.
54. *Rüthers B., Fischer Ch., Birk A.* *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 10. überarbeitete Auflage, München: C. H. Beck, 2018, S. 36–37, 314–315.
55. *Schiavone A., Hakim N., Nasti F., Bonin P.* (eds.) *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani: eredità e genealogie.* Torino, Giappichelli., 2019.
56. *Steinthal H.* *Die Arten und Formen der Interpretation (Verhandlungen der 32. Versammlung deutscher Philologen und Schulmaenner, 1878)*
57. *Stevens R.* *Law school: legal education in America from the 1850s to the 1980s.* Chapel Hill u.a., 1987.
58. *Stevenson Howard.* *Moldoveanu.Mihnea. The Power of Predictability.* — B: Harvard Business Review. 1995.
59. *Suber P.* *Civil disobedience. // Philosophy of Law: An Encyclopedia. / Ed. Christopher B. Gray.* Garland, 1999.
60. *The Oxford Handbook of the History of International Law.* Ed. by Bardo Fassbender and Anne Peters. 2012.
61. *Thol H.* *Einleitung in das deutsche Privatrecht.* Kessinger Publishing Company. 2010.
62. *Wallinga T.* *The Reception of Justinian's Prohibition of Commentaries // RIDA 59 (2012).*
63. *Wieacker F.* *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung.* 3., durchgesehene Auflage. Göttingen, 2016.
64. *Wundt W. M.* *Logik. Eine Untersuchung der Prinzipien der Erkenntnis und der Methoden Wissenschaftlicher Forschung.* Band 2. *Logik der exakten Wissenschaften*, 4. Auflage. Ferdinand Enke, Stuttgart 1920.
65. *Zipellius R.* *Juristische Methodenlehre.* 11. Auflage, Beck, München 2012.

66. *Zippelius R. Rechtsphilosophie*, 4. Auflage, München: *Verlag C. H. Beck*, 2003.
67. *Балтаджиева Р., Тодоров И.* Взаимодействие между европейското и българското административно право. С.: Сиела, 2008.
68. *Басанели Сомарива Ж.* Сравнение между Феодосиевям и Юстиниановым кодексами // *IUS ROMANUM* 2(2020).
69. *Белов М.* Същност на конституционните ценности и конституционните принципи // *Право и права* (Сборник в памет на проф. д-р Р. Ташев). Съст. С. Гройсман. София: УИ «Св. Кл. Охридски», 2016.
70. *Бержел Ж. Л.* Обща теория на правото. — Благоевград: ЮЗУ “Неофит Рилски”, 1993
71. *Близнашки Г.* Моделът на парламентарно управление в България. — В: *Правна мисъл*, № 1, 1996, 3–4; Киров, Пл. Президентът в българския конституционен модел. С: Сиби, 2004.
72. *Близнашки Г.* Парламентарното управление в България. С.: УИ “Стопанство”, 1995.
73. *Булгакова Д. А.* Мемлекет және құқық теориясы: Оқу құралы. Алматы: Заң әдебиеті, 2013. — 106 бет.
74. *Буров С., Бонджолова В., Илиева М., Пехливанова П.* Съвременен тълковен речник на българския език. С.: Елпис, 1995, с. 1297
75. *Велчев С. П.* Ръководство по Углавния процес. Т. II. С.: Придворна печатница, 1924.
76. *Саранов Н.* Българско Наказателно-процесуално право. Т. II. С.: Печатница Художник, 1937.
77. *Велчев С. П.* Ръководство по Углавния процес. Т. II., с. 213; Саранов, Н. Българско Наказателно-процесуално право. Т. II.
78. *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Наука и изкуство, 1959.
79. *Ганев В.* Учебник по Обща теория на правото. Том 2. — С.: 7М График, 1993
80. *Гройсман С.* Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. София, 2017.
81. *Гройсман С.* Правните принципи като целеви правни предписания // *Научни четения на тема «Правни норми и правни принципи».*
82. *Димитрова Евелина.* Финансов автоматизъм // *Ius Romanium*, 2018, № 1 (ISSN 2367–7007).
83. *Димов Т.* Оценка на въздействието на регулирането. С.: Сиела, 2017.
84. *Еленков А., Ангелов А., Дюлгеров А., Дишева А., Панов Л., Казанджиева М., Янкулова С., Николова Т., Ковачева Ю.* Систематичен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С.: ИК “Труд и право”, 2013.
85. *Канатова-Бучкова В.* Нормативният административен акт. Асеновград: Екобелан, 2006.
86. *Киров Пл.* Президентът в българския конституционен модел. С.: Сиби, 2004.

87. *Киров Пл.* Същност и форми на парламентарен контрол. С.: Фондация “Свободна Инициатива”, 1994.
88. *Киселова Н.* Някои особености на българския конституционен модел // Theo Noster. Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков, С.: УИ “Св. Кл. Охридски”, 2014.
89. *Костов Милчо.* Роля на финасовото право и насоки на развитието му в условията на новата система на ръководство на народното стопанство // Правна мисъл, 1967, № 6.
90. *Кочев К.* Предаване обвиняемия на съд. С.: Наука и изкуство, 1984, с. 7.
91. *Лазаров Кино.* Недействителност на административните актовеопре. София. Фенея. 2000.
92. *Митов Г.* Прекратяване на наказателното производство по дела от частен характер от съдията-докладчик когато деянието не съставлява престъпление. — De jure, 2019, № 2.
93. *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Университетско издателство “Климент Охридски”, 1989, с. 452.
94. *Павлов Ст.* Наказателен процес на Народна република България. С.: Наука и изкуство, 1959.
95. *Перлов И. Д.* Предание суду в советском уголовном процессе. М.: Юриздат, 1948.
96. *Панова П.* Съществени ли са “съществените” процесуални нарушения, за да налагат връщане на делото на досъдебната фаза // Наказателното правораздаване — традиции и перспективи. Сборник доклади от научна конференция, организирана от Катедрата по наказателноправни науки на Юридическия факултет на Софийския университет “Св. Климент Охридски”, проведена в София на 6 ноември 2017 г. С.: Университетско издателство “Св. Климент Охридски”, 2018.
97. *Ранчев И.* Разпоредителното заседание преодоля ли проблемите, свързани с неоправданото връщане на делата за доразследване и спазването на принципа за приключване на наказателните производства в разумни срокове? // Сборник от научни четения, посветени на 140-годишнината от приемането на Търновската конституция, организирани от Юридическия факултет на Пловдивския университет “Паисий Хилендарски”. С.: Сила Норма, 2019.
98. *Саранов Н.* Системи за предаване на съд. — Съдийски вестник, год. XVIII (1936–37), № 6.
99. *Велчев С. П.* Прокурорски надзор. Произход, развитие, функции. С.: Печатница Гладстонъ, 1928.
100. *Семов Атанас.* Задължението за съответстващо тълкуване — най-широкообхватната последица от действието на правото на ЕС // Lex. bg news. Електронно издание (ISSN 2682–9606).
101. *Стоилов Я.* Държавната власт: правно-политически разграничения и съотношения. София, 2001;

102. Стоилов Я. Конституционният модел и функционирането на политическата система в България // Ново време. София., 2003.
103. Стоянов Петко. Данъчно право (Налогово право). София: Изд. на БАН (Издательство БАН). 1994.
104. Стоянов Петко. За естеството на облагането. Годишник на ЮФ на СУ. 1910.
105. Торбов Ц. История и теория на правото. София: Изд. на БАН, 1992.
106. Христов В. Относно принципите на правото. — Правна мисъл, 2000, № 3.
107. Чинова М. Връщане на делото на прокурора от разпоредително заседание за предаване на съд // Наказателното правораздаване — традиции и перспективи. Сборник доклади от научна конференция, организирана от Катедрата по наказателноправни науки на Юридическия факултет на Софийския университет “Св. Климент Охридски”, проведена в София на 6 ноември 2017 г. С.: Университетско издателство “Св. Климент Охридски”, 2018.
108. Чинова М. Досъдебното производство по НПК. Теория и практика. С.: Сиела, 2013.
109. Чинова М. и Бележков Б. Обща характеристика на предаването на съд и подготвителните действия за разглеждане на делото в съдебно заседание. — С.: Норма, 2018, № 3.

Електронни ресурси

1. The Stanford Encyclopedia of Philosophy // <https://plato.stanford.edu/archives/>
2. Портал латинского языка и латинской культуры // <http://linguaeterna.com/vocabula/>
3. Центр изучения римского права // <http://iusromanum.info/>
4. Гуманитарный портал CATO INSTITUTE // <https://gtmarket.ru/ratings/human-freedom-index>
5. Официальный интернет-портал правовой информации РФ // <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001>
6. Портал Совета Европы // <https://www.coe.int/ru/web/portal/47-members-states>
7. РАПСИ (Российское агентство правовой и судебной информации) // http://rapsinews.ru/international_news/20210128/306702743.html
8. World Trade Organization // <https://gtmarket.ru/ratings/democracy-index> (дата обращения: 31.07.2021)
9. Гуманитарный портал CATO INSTITUTE // <https://gtmarket.ru/ratings/human-freedom-index>
10. Сообщество по обмену научными знаниями (Социальная сеть для ученых) // researchgate.net

ОБ АВТОРАХ

Агамиров Карэн Владимирович

*старший научный сотрудник сектора философии права,
истории и теории государства и права
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук*

Аубакирова Индира Ураловна

*профессор Высшей школы права
Университета КАЗГЮУ имени М. С. Нарикбаева
(Нур-Султан, Республика Казахстан),
доктор юридических наук*

Бакулина Лилия Талгатовна

*профессор кафедры теории и истории государства и права,
декан юридического факультета
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

Бережнов Андрей Александрович

*доцент кафедры трудового права,
заместитель декана по учебно-методической работе
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Борисова Наталья Евгеньевна

*профессор кафедры государственно-правовых дисциплин
школы права Института права и управления
Московского городского педагогического университета,
доктор юридических наук*

Бочкарев Сергей Александрович

*научный сотрудник Института
государства и права РАН,
доктор юридических наук*

Воронин Максим Валерьевич

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук,
доцент Российской академии образования*

Галкин Иван Викторович

*доцент кафедры истории государства и права
Московского государственного юридического университета
имени О. Е. Кутафина,
кандидат юридических наук*

Гараева Галина Фаизовна

*профессор Северо-Кавказского филиала
Российского государственного университета правосудия,
(г. Краснодар),
доктор философских наук*

Горбань Владимир Сергеевич

*главный научный сотрудник
сектора философии права, истории
и теории государства и права,
руководитель междисциплинарного
Центра философско-правовых исследований
Института государства и права РАН,
доктор юридических наук*

Симеон Гройсман

*доцент кафедры теории и истории государства
и права юридического факультета
Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Давлетгильдеев Рустем Шамилович

*заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

Эвелина Димитрова

*доцент кафедры административно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Дуэль Вера Михайловна

*декан факультета подготовки кадров высшей квалификации
Российского государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук*

Жигулина Алена Владимировна

кандидат юридических наук

Жуков Вячеслав Николаевич

*профессор кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
доктор юридических наук, доктор философских наук*

Караташ Олеся Михайловна

*старший преподаватель кафедры теории права,
государства и судебной власти Российского
государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук*

Наталья Киселова

*доцент кафедры конституционно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Корнев Виктор Николаевич

*заведующий кафедрой конституционного права
имени Н. В. Витрука Российского государственного
университета правосудия,
доктор юридических наук*

Кроткова Наталья Викторовна

*ведущий научный сотрудник сектора
конституционного права и конституционной юстиции
Института государства и права РАН,
заместитель главного редактора журнала
«Государство и право» РАН,
кандидат юридических наук*

Кузьмицкая Оксана Юрьевна

*ассистент кафедры теории
государства и права и политологии
юридического факультета
МГУ имени М. В. Ломоносова*

Лубенченко Константин Дмитриевич

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Лукьянчикова Людмила Владимировна

доктор юридических наук, кандидат исторических наук

Малина Новкиришка-Стоянова

*профессор кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор юридических наук (Республика Болгария)*

Малютин Никита Сергеевич

*доцент кафедры конституционного и муниципального права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Масленников Дмитрий Владимирович

*проректор по научной работе Русской христианской
гуманитарной академии, заведующий кафедрой философии,
религиоведения и педагогики,
доктор философских наук*

Михаил Матеев

*главный ассистент кафедры теории и истории
государства и права юридического факультета
Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Георги Митов

*профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин
юридического факультета
Софийского университета имени Св. Климента Охридского,
декан Великотърновского университета
святых Кирилла и Мефодия,
доктор юридических наук (Республика Болгария)*

Мурсалимов Камиль Рамильевич

*доцент кафедры экономических и финансовых расследований
Высшей школы государственного аудита (факультета)
МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Орехова Татьяна Романовна

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Емилия Панайотова

*профессор кафедры административно-правовых наук
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Пешин Николай Леонидович

*заведующий кафедрой административного права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
профессор кафедры конституционного и муниципального права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
доктор юридических наук*

Пищулин Александр Владимирович

*доцент кафедры теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
кандидат юридических наук*

Поцелуев Евгений Леонидович

*заведующий кафедрой теории и истории
государства и права юридического факультета
Ивановского государственного университета,
руководитель НОЦ «Межвузовский
научно-исследовательский и образовательный
Центр изучения немецкого права»,
кандидат исторических наук*

Пряхина Татьяна Михайловна

*профессор кафедры государственно-
правовых дисциплин школы права
Института права и управления
Московского городского педагогического университета,
доктор юридических наук*

Сабирова Лидия Леонидовна

*доцент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
кандидат юридических наук*

Сальников Виктор Петрович

*советник ректора Русской христианской гуманитарной академии,
доктор юридических наук,
Заслуженный деятель науки РФ*

Сауляк Олег Петрович

*заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин
института права и управления Московского городского
педагогического университета,
доктор юридических наук*

Синюков Владимир Николаевич

*проректор по научной работе Московского государственного
юридического университета имени О. Е. Кутафина,
профессор кафедры теории государства и права,
доктор юридических наук,
Заслуженный деятель науки РФ*

Степаненко Герман Николаевич

*доцент кафедры социальной философии
Казанского (Приволжского) федерального университета*

Степаненко Равия Фаритовна

*профессор кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

Янаки Стоилов

*профессор кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета Софийского университета
имени Св. Климента Охридского,
доктор права (Республика Болгария)*

Фролова Елизавета Александровна

*профессор, и.о. заведующего кафедрой теории государства и права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
доктор юридических наук*

Хабибулин Алик Галимзянович

*заведующий кафедрой экономических и финансовых исследований
Высшей школы государственного аудита (факультета)
МГУ имени М. В. Ломоносова, профессор кафедры теории
государства и права и политологии юридического факультета
МГУ имени М. В. Ломоносова,
доктор юридических наук*

Хамидуллина Фариды Ильдаровна

*профессор кафедры гражданского права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
доктор юридических наук*

Бойка Чернева

*доцент кафедры уголовного права юридического факультета
Университета национальной и мировой экономики,
доктор права (Республика Болгария)*

Шигабутдинова Алина Леонидовна

*доцент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета,
кандидат юридических наук*

Шавеко Николай Александрович

*старший научный сотрудник Удмуртского филиала
Института философии и права Уральского отделения РАН,
кандидат юридических наук*

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	5
---------------	---

ФИЛОСОФИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА

<i>Жуков Вячеслав Николаевич</i> Догматический метод и мифы юридического позитивизма.....	9
---	---

<i>Малина Новкиришка-Стоянова</i> Некоторые аспекты стабильности в праве Древнего Рима.....	22
---	----

<i>Горбань Владимир Сергеевич</i> Квалифицированный читатель или интерпретатор: об отношении исследователя к источникам познания правовых и политических учений.....	43
---	----

<i>Агамиров Карэн Владимирович</i> Преодоление отчуждения как условие стабильности государства и гражданского общества.....	51
---	----

<i>Бочкарев Сергей Александрович</i> Знание как онтологический базис права и фактор его стабильности.....	58
---	----

<i>Хамидуллина Фариды Ильдаровна</i> О рациональности права: общетеоретический и социокультурный аспекты.....	74
---	----

<i>Масленников Д. В., Сальников В. П.</i> Два способа дедукции права и морали в классической трансцендентальной философии: смысл различия.....	90
---	----

<i>Аубакирова Индира Ураловна</i> Правовой порядок в контексте ценностного содержания и правовой традиции.....	100
<i>Лукьянчикова Людмила Владимировна</i> Преимственность регулирования прямого народовластия в отечественном дореволюционном и советском законодательстве.....	111
<i>Кроткова Наталья Викторовна</i> С.А. Котляревский о конституционном строе советской России.....	127
<i>Гараева Галина Фаизовна</i> Идейный потенциал русского философско-правового наследия в постижении права как фактора социальной стабильности.....	134
<i>Симеон Гройсман</i> Норма как предсказание. Правовой реализм Оливера Холмса в свете вопроса о научном статусе права.....	144
<i>Поцелуев Евгений Леонидович</i> Есть ли в мире правовые государства?.....	159
<i>Пряхина Татьяна Михайловна</i> Устойчивые словоформы – фактор стабильности конституционного развития России.....	188
<i>Пищулин Александр Владимирович</i> Регулятивный смысл права в эпоху нестабильности.....	206
<i>Масленников Дмитрий Владимирович</i> Идея богочеловека в контексте юридической теологии и философии права.....	214

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>Янаки Стоилов</i> Принципы права: ценностный и телеологический подход.....	224
<i>Фролова Елизавета Александровна</i> Право как фактор социальной стабильности: теория и философия права.....	240

<i>Корнев Виктор Николаевич, Дуэль Вера Михайловна</i> Правопорядок и социальный порядок: проблемы соотношения.....	263
<i>Сауляк Олег Петрович</i> Правопорядок как фактор обеспечения стабильности правовой системы.....	281
<i>Хабибулин Алик Галимзянович</i> Методологические основы функционирования государства	300
<i>Синюков Владимир Николаевич</i> Система российского права: методологические вопросы	317
<i>Давлетгильдеев Рустем Шамилевич</i> К вопросу о региональном развитии международного права.....	327
<i>Малютин Никита Сергеевич</i> Судебное толкование как инструмент обеспечения стабильности в праве	337
<i>Мурсалимов Камиль Рамильевич</i> Государство в условиях глобализации мирового сообщества.....	357
<i>Сабирова Лидия Леонидовна</i> Идея верховенства закона и ее реализация в современной России	372
<i>Поцелуев Евгений Леонидович</i> Правопорядок: понятие, признаки, гарантии, подсистема общественного порядка, соотношение с законностью и пути его укрепления в социуме	379
<i>Орехова Татьяна Романовна</i> Юридическая наука о дисциплине: вопросы преемственности и развития.....	410
<i>Наталья Киселова</i> Отсутствующий компонент: программа управления болгарским правительством.....	424
<i>Воронин Максим Валерьевич</i> Основания системности права как факторы обеспечения стабильности общества.....	432

Бойка Чернева

Предвидимость права, правовые предположения
и стабильность правовой системы..... 448

Караташ Олеся Михайловна

Правообразование, правопонимание и правопорядок 455

Шавеко Николай Александрович

Гражданское неповиновение:
между стабильностью и справедливостью 470

Кузьмицкая Оксана Юрьевна

Категория «юридическая сила»:
от истории к современной теории права 482

ДОГМАТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ – ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ КОНЦЕПТ

Георги Митов

Предание суду в соответствии
с уголовно-процессуальным законодательством
Республики Болгарии..... 491

*Степаненко Равия Фаритовна,
Степаненко Герман Николаевич*

Ценность процессуального права:
социально-философское измерение 508

Пешин Николай Леонидович

«Спортивная юстиция» – вопросы правоприменения..... 517

*Бакулина Лилия Талгатовна,
Шигабутдинова Алина Леонидовна*

Социальная природа договорно-регулятивной деятельности 544

Емилия Панайотова

Принцип последовательности и предвидимости –
основной принцип исполнительной деятельности
согласно Административно-процессуальному кодексу
Республики Болгарии..... 555

Михаил Матеев

Исторические и современные аспекты судебного
и альтернативного урегулирования споров..... 571

<i>Лубенченко Константин Дмитриевич, Жигулина Алена Владимировна</i> Договор как категория в рамках национальных и международных отношений	586
<i>Галкин Иван Викторович</i> Проблема обеспечения эффективной реализации законодательства в сфере защиты прав человека в Российской Федерации.....	601
<i>Борисова Наталья Евгеньевна</i> Законодательство о детях: проблемы устойчивого развития	627
<i>Бережнов Андрей Александрович</i> Проблемы разрешения индивидуальных трудовых споров.....	639
<i>Эвелина Димитрова</i> Принцип четко установленного правового устройства как принцип налогового права	647
Заключение.....	656
Список использованной литературы.....	657
Об авторах.....	677
Содержание	684