
ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ

ЖИДКОВСКИЕ ЧТЕНИЯ

*Материалы
Международной научной конференции*

Москва, 29–30 марта 2013 г.

Москва
Российский университет дружбы народов
2014

УДК 340(063)
ББК 67
П68

Утверждено
РНС Ученого совета
Российского университета
дружбы народов

Ответственные редакторы:

доктор юридических наук, профессор Г.И. Муромцев,
доктор юридических наук, профессор М.В. Немытина

Executive editors:

Doctor of Law, Professor G.I. Muromtsev,
Doctor of Law, Professor M.V. Nemytina

П68 **Правовые традиции. Жидковские чтения = Legal Tradition. Zhidkov's readings** : материалы Международной научной конференции. Москва, 29–30 марта 2013 г. / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немытиной. – Москва : РУДН, 2014. – 541 с.

ISBN 978-5-209-05715-4

В сборнике представлены доклады и выступления участников Международной научной конференции «Правовые традиции» (Жидковские чтения), состоявшейся в Российском университете дружбы народов 29–30 марта 2013 г.

Издание адресовано научным сотрудникам, профессорам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов.

The present edited volume contains reports and speeches of the participants of International scientific conference «Legal Tradition» (Zhidkov's readings), which was held in Peoples' Friendship University of Russia on the 29–30th of March, 2013.

The edition is addressed for the scientists, professors, postgraduates and students of the law schools.

УДК 340(063)
ББК 67

ISBN 978-5-209-05715-4

© Коллектив авторов. Отв. ред.
Муромцев Г.И., Немытина М.В., 2014
© Российский университет дружбы народов.
Издательство, 2014

ПРЕДИСЛОВИЕ

Кафедра теории и истории государства и права юридического факультета Российского университета дружбы народов (далее – РУДН) на протяжении ряда лет последовательно развивает научное направление, связанное с формированием социокультурного подхода в правоведении, сравнительными исследованиями правовых систем и правовых культур. Об этом свидетельствует, в частности, тематика традиционно проводимых кафедрой научных конференций¹ в формате «Жидковских чтений»².

Масштабы конференции нарастают с каждым годом: из всероссийской конференции она стала международной, растут количество и уровень ее участников. Международная научная конференция «Правовые традиции» в 2013 году проходила в два этапа³. В общей сложности в ней приняли участие свыше 150 человек из 9 стран. Российские участники конференции представляли 22 региона страны, включая Москву. На конференции, в ее пленарном и секционном заседаниях, круглых столах выступили свыше 100 участников, среди которых 35 докторов юридических наук. В настоящий сборник вошли 78 статей российских и зарубежных авторов.

¹ См.: Правовые культуры. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 25 марта 2011 г. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2012; Методология сравнительно-правовых исследований. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 30 марта 2012 г. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2013.

² Конференции кафедры теории и истории государства и права РУДН традиционно посвящаются памяти много лет возглавлявшего ее и внесшего значительный вклад в развитие историко-правовой науки доктора юридических наук, профессора Олега Андреевича Жидкова (07.01.1931 – 06.01.2005 гг.).

³ Ее первый этап проходил 29–30 марта 2013 г., второй – 8 ноября 2013 г. Проведение конференции в два этапа способствовало более глубокому осмыслению проблемы ее участниками.

Наибольший интерес к конференции, в рамках которой формируются новые методологические подходы, традиционно проявляют представители теоретико-правовой и историко-правовой науки. Вместе с тем конференция не остается без внимания представителей отраслевой юридической науки, а также международного права.

В рамках конференции был обсужден широкий спектр проблем, заявленных в тематических блоках: содержание категории «правовые традиции»; традиции в правовых системах, правовых культурах; правовые традиции в социокультурном пространстве; традиции в сравнительно-правовых исследованиях; традиции в существующих правопорядках: российском, зарубежном, международном; глобализация и национально-культурная идентичность в праве; правовые традиции в России; правовые традиции: методология, теория, практика.

Опубликованные в настоящем сборнике статьи отражают разнообразие взглядов на обсуждавшиеся проблемы. Редколлегия сборника разделяет далеко не все позиции авторов, вместе с тем, публикуя статьи, исходит из необходимости ознакомления научной юридической общественности со всем спектром существующих идей и мнений.

Хочется надеяться, что сборник научных статей, публикуемый кафедрой теории и истории государства и права РУДН по результатам Международной научной конференции «Правовые традиции» в рамках «Жидковских чтений», будет способствовать осмыслению научным юридическим сообществом социокультурного подхода, пониманию роли традиций на разных стадиях развития права, в разных правовых культурах, правовых системах.

РАЗДЕЛ I

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ТРАДИЦИЙ В ПРАВЕ

*Г.И. Муромцев**

ТРАДИЦИИ В ПРАВЕ: ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Выбор данной темы обусловлен парадоксальным сочетанием ее необычайной значимости и весьма слабой изученности.

В досоветской России традиции в праве исследовались крайне редко¹, хотя в практической политике самодержавный режим в известной мере учитывал правовые традиции отдельных окраинных народов (Польши, Финляндии, Туркестана и т.д.).

В советское время такие исследования также не получили развития, поскольку традиции вообще и правовые традиции в частности отождествлялись тогда с досоветским общественным строем и старым, дореволюционным правом. Поэтому исследования по данной теме появляются лишь в 60-х годах.

* **Муромцев Г.И.** – доктор юридических наук, профессор; профессор кафедры теории и истории государства и права РУДН.

¹ См., напр.: *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. 1. М., 1886.

Импульс их развитию придало возникновение с распадом колониальной системы десятков независимых государств в Азии и Африке в 50-х – 60-х годах прошлого века. Изучение их государственности и права обнаружило ряд существенных особенностей их правовых и политических систем². Пожалуй, важнейшей из них был дуализм их структуры, включавшей наряду с привнесенным в большинство этих стран европейским правом – ангlosаксонским или романо-германским, – также право, возникшее в условиях местной культуры – обычное, индусское, исламское и т.д. Европейское и местное право представляли разные исторические эпохи и разные правовые культуры. Так, если буржуазное по природе европейское право сложилось в рамках национальных государств, то местное африканское право отражало добуржуазный уровень развития – феодальный, раннеклассовый и даже предклассовый. В отечественной юридической литературе это местное добуржуазное право разделяют на традиционное (обычное право) и религиозное (индусское, исламское и т.д.) право³. В то же время общество, в котором оно сформировалось и действовало в доколониальный период, определяется, как правило, через понятие «традиционное», употребляемое в качестве синонима понятий «добуржуазное», «доколониальное». Логично предположить, что в традиционном обществе право также является традиционным и возникает вместе с формированием этого общества, т.е. с появлением человека разумного (*homosapiens*). Такое общество давно исчезло в Европе, однако продолжает существовать (подчас в пережиточных формах) в ряде регионов Тропической Африки, Ближнего и Среднего Востока, Индии, Юго-Восточной Азии и т.д.

Представляется, что понятие «традиционное право» как продукт традиционного общества должно выступать в качестве типологического, охватывающего эпоху древности и средневековья, между которыми на Востоке нет четкой грани, а обычное и религиозное право – в качестве его разновидностей. С другой стороны,

² Ведущая роль в их исследовании принадлежала научным сотрудникам Института государства и права АН СССР и преподавателям факультета экономики и права Университета дружбы народов имени Патриса Лумумбы.

³ См.: Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1978; Супатаев М.А. Право современной Африки. М., 1983; Крашенников Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1983.

эти правовые системы (не преодолевшие слитности с религией и моралью) являются традиционными в том смысле, что каждая из них основана на традиции⁴.

До распада СССР проблема традиции исследовалась в отечественной научной литературе по двум основным направлениям: историко-теоретическому, где она рассматривалась, так сказать, «в целом», и в своего рода прикладном, т.е. «в привязке» к отдельным странам, регионам либо эпохам, в рамках которых рассматривались соответствующее общество⁵, культура, общественное сознание, государство, право и т.д.⁶ Проблема традиции в праве рассматривалась также в работах по сравнительному правоведению – в рамках разделов о правовых системах стран Африки и Востока⁷.

С распадом СССР и устраниением монополии на истину, существовавшую в правовой науке, возникает естественная потребность в осмыслиении культурных, в том числе политico-правовых традиций как России⁹, (ее отдельных регионов, наций, этносов и

⁴ См.: Муромцев Г.И.О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки // Советское государство и право, 1989. № 6.

⁵ См.: Суханов И.В. Обычаи, традиции и преемственность поколений. М., 1976; Плахов В.Д. Традиции и общество: опыт философско-социологического исследования. М., 1976; Сарсенбаев А.С. Обычаи и традиции в развитии. Алматы, 1966.

⁶ См.: Ерасов Б.С. Социально-культурные традиции и общественное сознание в развивающихся странах Азии и Африки. М., 1982; Зарубежный Восток. Религиозные традиции и современность. М., 1983; Эволюция восточных обществ: синтез традиционного и современного / Ред. колл. Ким Г.Ф. и др. М., 1984; Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М., 1984; Осипова О.А. Американская социология о традициях в странах Востока. М., 1985; Шемякин Я.Г. Латинская Америка: традиции и современность. М., 1987 и т.д.

⁷ См.: Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., 1976; Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность, М., 1982; Сюкяйнен Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики. М., 1986; Супатаев М.А. Право современной Африки. М., 1989 и т.д.

⁸ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности (Работа вышла в русском переводе двумя изданиями – в 1968 и в 1988 гг.); Сайдов А.Х. Введение в сравнительное правоведение. М., 1988.

⁹ См.: Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта. В 3 т. М., 1991; Оболонский А.В. Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994; Пивоваров Ю.С. Политическая культура России. М., 1990.

т.д.), так и других стран или эпох¹⁰, что способствовало существенному возрастанию интереса к данной проблеме.

Издание в русском переводе ряда работ зарубежных авторов, где прямо или косвенно рассматривалась проблема традиции, также способствовало осмыслению данной проблемы¹¹. Выдающимся событием в этой области стал выход в свет фундаментальной монографии профессора Г.В. Мальцева¹².

Этот краткий обзор свидетельствует, что в настоящее время в России литература по проблеме традиции в праве довольно обширна. Однако она (пожалуй, за исключением работы Г.В. Мальцева) в основном фрагментарна в том смысле, что посвящена лишь отдельным аспектам проблемы. Попытки ее обобщения позволяют сделать ряд методологически важных выводов. В частности, вывод о подвижности и в ряде случаев нечеткости содержания понятия традиции. Она (нечеткость) проявляется в ряде аспектов. Это, прежде всего, отсутствие в отечественной и в мировой науке единого определения понятия традиции. Оно остается предметом научных дискуссий, в которых участвуют представители разных отраслей знания – историки, религиоведы, философы, этнографы, лингвисты, правоведы и т.д., что отражает полисемантизм этого понятия и, как следствие, возможность различных подходов к его определению. С этой точки зрения публикации по проблеме традиции можно разделить на две группы. Так, одни авторы дают как бы «одноплоскостное» определение этого понятия, включающее, по их мнению, все аспекты его содержания¹³. Другие выделяют два

¹⁰ См.: Гуревич А.Я. Древние германцы. Викинги. Средневековый мир // Избранные труды. В 2-х томах. М., 1996.

¹¹ См.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994; Аннерс Э. История европейского права. М., 1994.

¹² См.: Мальцев Г.В. Культурная традиция права. М., 2013.

¹³ Примером здесь может быть понимание традиции в одном из современных энциклопедических словарей, где под традицией понимаются элементы социального и культурного наследия, передающиеся от поколения к поколению и сохраняющиеся в определенных обществах и социальных группах в течение длительного времени. В качестве традиций выступают определенные общественные установления, нормы поведения, ценности, идеи, обычаи, обряды и т.д. Те или иные традиции действуют в любом обществе и во всех областях общественной жизни // Терра лексикон. Иллюстрированный энциклопедический словарь. Терра, 1998. С. 577 // По сути такое же определение содержится в Большой советской

и более его значений¹⁴. Традицию рассматривают как «историческую», или «социальную» память, способ, средство «связи времен»¹⁵, как такой механизм регуляции общества, который содержание современных институтов и норм определяет их прошлым содержанием, фактом их существования в прошлом и т.д.¹⁶

Многозначность понятия традиции дополняется неодинаковым его содержанием на разных стадиях истории. Прежде всего,— в рамках исторических типов права. По нашему мнению, их два: традиционный¹⁷ и буржуазно-европейский¹⁸. Естественно, между ними есть переходные стадии от одного типа к другому. В рамках

энциклопедии // Т. 26, С. 135 // а также в Большом российском энциклопедическом словаре // М., 2003. С. 1589.

¹⁴ Так, в Словаре русского языка С.И.Ожегова под традицией понимаются, во-первых, то, что перешло от одного поколения к другому, что унаследовано от предшествующих поколений (напр., идеи, взгляды, вкусы, образ действий, обычаи и т.п.); во-вторых, обычай, установившийся порядок в поведении, в быту. // Ожегов С.И.Словарь русского языка. М., 1981. С. 717.

Отечественный ученый Я.Г. Шемякин определяет традицию как «сложный, многомерный феномен, различные аспекты которого раскрываются в зависимости от ракурса, в котором он рассматривается». Это – «своего рода смысловой кристалл, предстающий всякий раз в новом виде в зависимости от того, на какую из граней падает свет¹⁴. С позиций многозначности исходили также авторы соответствующей статьи в советском издании Философской энциклопедии, где понятие традиции имело шесть значений / См.: Философская энциклопедия. Т. 5. М., 1970. С. 273 // К сожалению, в постсоветском издании Философской энциклопедии эта многозначность понятия традиции исчезла.

¹⁵ См.: Шемякин Я.Г. Латинская Америка: традиции и современность. М., 1987. С. 6.

¹⁶ Философская энциклопедия, Т. 5. М., 1970. С. 253.

¹⁷ Традиционное общество и традиционный тип права следует рассматривать как явления универсальные, всемирные, однако их проявление в Европе имеет существенную специфику, состоящую в том, что государственно-организованные общества древности включают здесь развитые рабовладельческие цивилизации Древней Греции и Древнего Рима, к которым определение «традиционные» применимо лишь частично. Следовательно, в «чистом» виде традиционное общество и традиционное право существуют в Европе лишь на догосударственной стадии истории и в эпоху феодализма.

¹⁸ Сложное название второго типа призвано подчеркнуть, во-первых, что он формируется с победой капитализма в Европе, во-вторых, что буржуазное право существует здесь «в чистом виде», тогда как в ряде других регионов мира (прежде всего, в Африке и странах Востока) оно подчас сосуществует с пережиточными отношениями традиционного типа.

первого из них право, как и общество, основано на традиции и – целиком или частично – слитно с ней.

Отсюда словосочетания «традиции в праве», или «правовые традиции», где термин «традиция» употребляется во множественном числе, не всегда применимы к традиционному обществу. Здесь право слитно с религией и поэтому становится формой традиции, а религия как его основа и одновременно составная часть подчиняет традиции все общество¹⁹. Отсюда право воспринимается как несотворимое, т.е. возникшее «само собой», неизменное и, следовательно, не нуждающееся в правотворчестве. Способом поддержания его «в рабочем состоянии», т.е. приспособления к изменяющимся социальным условиям становится толкование его норм при рассмотрении судебных дел. И хотя норма вследствие этого приобретает подчас иной смысл, однако традиционное сознание по-прежнему воспринимает ее неизменной. Право, как и окружающий мир, остаются еще как бы вне исторического процесса, когда грани между прошлым, настоящим и будущим в известном смысле стираются²⁰.

Описанная картина характерна прежде всего для обычного права эпохи догосударственного общества либо ранних форм государства и для начальных стадий формирования традиционно-религиозного права (индусского, иудейского, зороастрийского, исламского). В отличие от устного обычного права, неизменность и незыблемость которого основывается на его соответствии воле богов и предков, в традиционно-религиозном праве традиция зафиксирована в священном тексте, содержащем божественные откровения, истину и т.д. Со временем в рамках этого права формируются правовые (и одновременно религиозные) школы, различающиеся, как правило, степенью допустимости рациональных приемов правотворчества, а также техникой формирования новых норм права. По сути с их возникновением закладываются основы новых правовых традиций в рамках общей традиционно-религиозной основы. Такие школы, называвшиеся обычно именами их

¹⁹ Неудивительно, что традиционное общество определяют подчас посредством понятия «традиция-цивилизация» / См.: Васильев Л.С. Религиозно-культурные традиции на современном Востоке // Культурные процессы в развивающихся странах. Т. 1, ч. 1. М., 1986. С. 76–81.

²⁰ См., напр.: Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М., 1984.

основателей, складываются практически во всех традиционно-религиозных системах права – иудейской, индусской, исламской и т.д.

Традиционное общество проходит в своем развитии две стадии, или ступени – догосударственную и государственно-организованную, каждой из которых соответствует своя форма права. Его слитность с религией обуславливает также неодинаковость последней на каждой из этих стадий. Так, в догосударственную эпоху обычное право как первая в истории форма права слитно с языческой (анимистской) религией. Для нее характерны одухотворение сил и явлений природы, а также политеизм, или многобожие. Каждая традиционная общность (род, племя, большая патриархальная семья и т.д.) имеет собственную религию. В этих условиях право обладает существенной спецификой в сравнении с правом в современном развитом обществе. Так, формой его выражения являются прибаутки, пословицы, поговорки. В силу слитного характера и устной формы оно не имеет еще своей сложившейся структуры – отраслевой и вертикальной.

Нет еще и специального аппарата для охраны этого права от нарушений. Объясняется это как отсутствием либо неразвитостью государства, так и спецификой понимания права, которое имеет на этой стадии истории как бы две основы: родоплеменную и религиозную. Первая проявляется в том, что действие обычного права распространяется лишь на отношения «внутри» традиционной общности (рода, племени, большой семьи и т.д.). Это – брак (нередко заключаемый с выходцами из другого рода или племени), семья, развод, наследование, земельные отношения, отношения из причинения вреда имуществу или здоровью, в том числе убийства и т.д. Что касается религиозной (а подчас одновременно магической) основы обычного права, то она проявляется, как минимум, двояко. Во-первых, люди той эпохи, зная, что обычаю следовали многие поколения их предков, не могли, однако, объяснить, когда и как он возник²¹. Уже в силу этого обычай воспринимался как явление сверхъестественное, магическое.

Другой аспект проблемы состоял в том, что положения обычая считались соответствующими воле богов и предков. Неудиви-

²¹ См.: Дробницкий О.Г. Понятие морали. М., 1978. С. 15.

тельно, что авторитет обычая был непререкаем. Такой дуализм обусловил ряд других особенностей обычного права до- и предгосударственной эпохи.

Это, в частности, личный (а не территориальный) его характер. Индивид становился его субъектом лишь как член традиционной общности (рода, племени, большой семьи и т.д.). Обычное право было врожденным, неотчуждаемым, неизменным, и индивид следовал ему, даже будучи вне места расположения своего племени. Точно так же племя, перемещаясь в пространстве, «перевозило» с собой свое право²².

Это личное право выступало в форме обычая. Проблема соотношения его с традицией представляется весьма актуальной. Здесь нет единства мнений. Одни ученые рассматривают их как синонимы²³, другие определяют юридические обычай – обычное право как «важную часть в комплексе традиции»²⁴. Третьи, отмечая общую социальную роль обычая и традиции, – быть средством воспроизведения и стабилизации общественных отношений, выделяют вместе с тем существенные отличия способов осуществления ими этой роли²⁵. Представляется, что подобный подход может быть плодотворным в достаточно развитых классовых обществах. Однако в традиционном обществе, где право сплошь и рядом выступает в слитном виде с нормами морали и религии, грань между обычаем и традицией (в этом ее последнем понимании) нередко стирается.

Мы уже отмечали, что обычное право не знает правотворчества и поддерживается «в рабочем состоянии» посредством его

²² Так, в результате великого переселения народов в V в. личное право варваров стало действовать в ряде бывших областей Римской империи // Всеобщая история государства и права / Под ред. В.А. Томсина. В 2-х томах. Т. 1. М., 2002. С. 273.

²³ Такого подхода придерживались, в частности, основоположники марксизма // См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч., Изд. 2-е. Т. 25, ч. II, С. 357 // См. также: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М., 1973. С. 200.

²⁴ Синицына И.Е. Человек и семья в Африке. М., 1989. С. 5.

²⁵ Так, по мнению И.В. Суханова, обычай содержит детальные предписания поступков, в то время как традиция действует через формирование духовных качеств людей (их взглядов, установок, настроений, чувств и т.д.), требуемых данными отношениями // Суханов И.В. Обычаи, традиции и преемственность поколений. М., 1976. С. 11, 13, 23.

толкования. Естественно, в этих условиях еще не могло быть ни правовой сферы жизни общества, ни профессиональных юристов, ни правовой науки (Берман). Наконец, к особенностям обычного права относится то, что в силу его «завязанности» на традиционных структурах его нормы не распространяются на «чужаков»²⁶, по отношению к которым допустимы любые действия, включая войну, грабеж, насилие и т.д. Таким образом, уже в глубокой древности закладываются основы для разделения права на «внутреннее», или «национальное» и на «международное». При этом в рамках последнего тысячелетиями захватническая война рассматривалась как правомерное явление.

Если на ранних стадиях истории двойственность структуры обычного права в силу ее слитности едва заметна, то с появлением государства и становлением традиционно-религиозных правовых систем в их рамках формируются два «пласта» структуры права, отражающих два разных исторических типа правопонимания. Это, с одной стороны, «пласт» традиционный, т.е. синкretичный, несоставленный, неизменный, исходящий из права как данности и потому не знающий правотворчества (его заменяет толкование, даваемое сначала служителями культа, а затем – как в Древнем Риме – юристами), с другой стороны, «пласт» «рукотворный», или «правотворческий», предполагающий возможность создания, изменения или отмены норм права людьми, что позволяет ему изменяться вместе с изменением общества. Первый из указанных «пластов» представляет вершину и одновременно основу всей религиозно-правовой структуры. Отсюда – традиционный характер всей системы. Такой дуализм предполагает уже монотеистические религии (иудаизм, индуизм, ислам и т.д.). Из их слитного с правом и моралью «пласта», словно из дерева, растущего кроной вниз, формируется собственно правовая структура. Хотя со временем она становится по существу светской (как, например, в исламе), однако по-прежнему рассматривается интегральной частью религиозной системы, ставшей исходной точкой его формирования. Такую конструкцию мы наблюдаем не только на Востоке (шрути и смрити в

²⁶ См.: Муромцев Г.И. О некоторых аспектах структуры права // Структура права: вопросы теории, истории и методологии. Материалы межвузовской научной конференции 7 апреля 2004 г. М., РУДН, 2005. С. 32.

индусском праве, шариат и фикх в исламском праве и т.д.), но и в Европе (fas и jus в римском праве в дохристианский период его истории), что позволяет говорить если не об универсальном ее характере, то, по крайней мере, о широком распространении на ранних стадиях истории права. Параллельно формируется правовая сфера жизни общества, юристы-профессионалы, выступающие поначалу и служителями культа, а также правовая литература.

В дальнейшем обе эти линии в развитии права проявляются на европейском Западе и на исламском Востоке не совсем одинаково. Так, если в Европе эволюция идет от традиционного синкретизма к отделению права от морали и религии, к проявлению его в «чистом виде», то в странах Востока, несмотря на европейское влияние и развитие местного капитализма, слитность права и религии полностью не преодолена и в наши дни. В Европе в отличие от стран исламского Востока можно выделить два варианта исторической эволюции правовой традиции. Так, в одних странах на смену верховенству обычая приходит верховенство актов верховной власти государства в форме закона. В других сохраняется дуализм правовой структуры, где над «государственным» правом стоит некое высшее право, выступающее сначала в форме божественного, затем естественного права и, наконец, в форме прав человека²⁷.

Эволюция правопонимания – от традиционного к буржуазно-европейскому – сопровождается изменением исторических форм толкования и правотворчества. Так, в Древнем Риме мы наблюдаем замену религиозной формы толкования, осуществлявшегося понтификами, на светскую, когда функция толкования перешла к юристам. Затем, уже в XIII–XVI веках глоссаторы и постглоссаторы переработали на европейском континенте римское право, приспособив его – в рамках старого правопонимания – к современным им отношениям. Его рецепция завершилась здесь буржуазными кодификациями, то есть победой «государственного», или позитивистского правопонимания.

В то же время незавершенность буржуазной революции на Британских островах обусловила более значительное, чем на континенте, влияние традиции в английском праве. Оно проявляется,

²⁷ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 58.

в частности, в важной роли прецедентного, или общего права, сложившегося, согласно доктрине, на основе обычая королевства; в сохранении и в наши дни деклараторных прецедентов, посредством которых судья, подобно древним юристам, декларирует право; в придании обычаям, действующим «с незапамятных времен», силы, равной закону и т.д.

Вместе с тем различия романо-германской и ангlosаксонской правовых культур не устраниют того факта, что для стран Западной и Центральной Европы типичен дуализм структуры права, включающей наряду с позитивным правом некое высшее, надгосударственное право. Достижением современной Европы следует признать общеевропейский механизм защиты прав человека.

Эволюцию правовых традиций на Востоке рассмотрим на примере стран исламского Востока с двух точек зрения: во-первых, в рамках развития собственно ислама и мусульманского права; во-вторых, сквозь призму влияния на это развитие европейской правовой культуры.

В первом контексте мы наблюдаем тенденции, сходные с европейскими, но протекающие в рамках религиозного права ислама. Так, традиционно знатоки исламского права (улемы, муджтахиды) могли создавать новые нормы права путем толкования, а также использования рациональных логических приемов (рай, иджтихад). В XIV веке произошло так называемое «закрытие дверей иджтихада», что означало лишение их права на правотворчество. Отныне при решении дел можно было ссылаться лишь на толкование, данное основателями религиозно-правовых школ (мазхабов). По сути это означало, что основным фактором развития мусульманского права становилось государство.

С другой стороны, государственное правотворчество, с точки зрения доктрины, считалось вторичным по отношению к божественным нормам шариата. Так, в Османской империи, ставшей с XVI веке центром суннитского ислама, акты султана получали религиозную санкцию в форме фетвы на предмет соответствия их морали, религии и праву ислама. Давал ее шейх-ульм-ислам – высший религиозный авторитет и второй человек в империи²⁸. По сути это была своеобразная исламская форма конституционного контроля.

²⁸ Cambridge history of Islam. Cambridge, 1973.

В наши дни в рамках ислама и мусульманского права борются две тенденции – «европейская», исходящая из возможности восприятия в странах Востока элементов европейской правовой и политической культуры, и традиционалистская (которую в исламе называют фундаменталистской). Ее представители выступают за установление порядков, существовавших во времена пророка Мухаммеда и праведных халифов.

В условиях буржуазно-европейской правовой культуры традиция приобретает «междисциплинарный» характер. В условиях ее дифференциации, обусловленной усложнением социальной жизни и структуры общества, можно говорить о традициях более и менее широкого действия. В качестве первых выступают традиции общесоциальные, в качестве вторых – традиции, действующие в различных сферах социальной жизни – искусстве, архитектуре, праве и т.д. Общесоциальные традиции есть по сути форма проявления закономерностей социального развития. Речь идет, в частности, о форме инерции истории, консервативном механизме сохранения общества в неизменном состоянии через изменения²⁹. О такой же инерции можно говорить применительно к праву. Так, американский автор Г.Дж. Берман считает правовую реформу, вне всякого сомнения, повторяющейся чертой западной традиции права, начиная с эпохи ее формирования. Сама реформа рассматривается им как часть (продолжающегося характера) традиции, ее осознанной непрерывности во времени³⁰.

В условиях сформировавшихся правовых систем европейско-буржуазного типа роль традиции могут выполнять как система в целом, так и любой из ее элементов, выступая в качестве некоего эталона (образца, «рамки» и т.д.) дальнейшего развития. При этом его вектор определяется не только соотношением этих элементов «внутри» системы, но и влиянием на нее общекультурных факторов. Так, в странах Западной и Центральной Европы сложившийся исторически плюрализм юрисдикций и правовых систем не только сделал необходимым и возможным превосходство закона, но стал, по мнению Г.Дж. Бермана, источником свободы, а также развития,

²⁹ Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта (Социокультурный словарь). М., 1991. С. 436.

³⁰ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 25.

или роста – правового, экономического и политического³¹. В России же, где христианская церковь, в отличие от католической, была интегрирована в структуру государства, а элементы гражданского общества появились лишь на рубеже XX века, такого плюрализма не было. В совокупности с ее невыгодным географическим положением, неразвитой инфраструктурой, отсутствием, в отличие от стран Европы, богатых и сильных городов это обусловило самодержавный характер политических режимов, традицию царей рассматривать государство в качестве своей вотчины или продолжения своего хозяйства. Это предопределило другую традицию – бесправного, приниженного положения личности, которая рассматривалась властью лишь как средство достижения ее целей. Эту традицию активно использовали русские большевики. Ее инерция и ныне влияет на механизм взаимодействия государства и общества в современной России.

В процессе глобализации в сфере права наблюдаются те же две тенденции: единообразное отражение в государственном правотворчестве изменений в мире, с одной стороны, и преломление их сквозь призму социальной правовой психологии, культурных ценностей и традиций, сложившихся в той или иной стране, с другой. Первая из этих тенденций ведет к глобализации в праве, или, что одно и то же, к унификации правовых систем в мировом масштабе, вторая, как правило, этому противостоит. Не потому ли в мире сохраняется разнообразие правовых культур? Обобщая сказанное, следует сделать вывод, что понятие традиции применительно к данной теме можно толковать в нескольких смыслах. Во-первых, как понятие, лежащее в основе права, сложившегося в традиционном обществе (обычного, индуистского, иудейского, зороастрийского и т.д.). Во-вторых, как фактор влияния этого права на право европейского (=буржуазного) типа в тех странах и на тех ступенях истории, где они существуют. В-третьих, как традиции, сложившиеся уже в рамках собственно европейского права. Наконец, можно говорить о формировании традиций в сфере надгосударственного (например, европейского) и международного права.

³¹ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 27.

*М.В. Немытина**

ТРАДИЦИИ В ПРАВОВЫХ КУЛЬТУРАХ, ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ

Соединить рассматриваемые категории «правовая традиция», «правовая культура», «правовая система», выявить взаимосвязь и различия между ними – оказалось задачей не из легких.

Начнем с рассмотрения категории «правовая культура», с тем, чтобы в дальнейшем разобраться, как традиции воспроизводятся и поддерживаются правовыми культурами. Академик В.С. Степин, обосновав новое видение культуры, отмечает: «Наряду с биологическим, генетическим кодом (ДНК, РНК), который закрепляет и передает от поколения к поколению биологические программы, регулирующие взаимодействие организма с внешней средой, у человека существует еще одна кодирующая система – социокод, посредством которого фиксируются программы социального поведения, общения и деятельности»¹. В русле обозначенного подхода далее автор обращает внимание на категорию «культура», которая, по его мнению, «может быть определена как система исторически развивающихся надбиологических программ человеческой жизнедеятельности (деятельности, поведения и общения), обеспечивающих воспроизведение и изменение социальной жизни во всех ее основных проявлениях. Эти программы представлены многообразием знаний, предписаний, норм, навыков, идеалов, образцов деятельности и поведения, идей, верований, целей и ценностных ориентаций и т.д. В своей совокупности и исторической динамике они образуют накапливаемый и постоянно развивающийся социальный опыт. Культура хранит, транслирует этот опыт (передает его от поколения к поколению). В этой функции она выступает как традиция, как социальная память. Но культура способна также генерировать новые программы деятельно-

* **Немытина М.В.** – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Российского университета дружбы народов.

¹ Степин В.С. История и философия науки: Учебник для аспирантов и исследователей ученой степени кандидата наук. М., 2011. С. 106–107.

сти, поведения и общения людей, и часто задолго до того, как они внедряются в ткань социальной жизни, порождая социальные изменения»².

Итак, правовую традицию следует понимать как одно из проявлений правовой культуры, предполагающее сохранение преемственности в праве, следование в правоотношениях определенным, отвечающим национальной и религиозной идентичности, образам и образцам правового поведения. Правовая традиция относится к надбиологическим программам жизнедеятельности человека. Правовая традиция – это некий образ, который имеет значение для доктринальной и догматической юриспруденции, для институционального построения права, для функционирования в обществе системы правоотношений.

Парной с категорией «традиция», в то же время содержащей противоположный смысл, является категория «инновация». В данном контексте правовая традиция может нести в себе некие «цементирующие» для общества начала, иметь позитивное значение в смысле поддержания в нем стабильности. Но может играть и негативную роль, мешая развитию нового, прогрессивного.

Правовая культура формируется на основе этнической, национальной, религиозной, geopolитической идентичностей, находя выражение, в том числе, и в правовых формах, одной из которых является традиция. Смешение национальных и религиозных факторов, изменение geopolитического пространства, реформы и революции – все это дает объективные основания для определения разных векторов развития правовой культуры общества и приводит к прерыванию и отрицанию традиций как ее значимой составляющей.

На сегодняшний день категория «правовая система» в отечественном правоведении используется в качестве обобщающей характеристики состояния права применительно к определенному территориальному и временному пространству. В правоведении доминирует «широкий подход» к пониманию правовой системы, в соответствии с которым она включает в себя множество компонентов: специфику источников права, взаимосвязь и взаимную

² Степин В.С. История и философия науки: Учебник для аспирантов и соискателей ученой степени кандидата наук. М., 2011. С. 107.

обусловленность институтов права, сложившиеся в обществе правоотношения и правосознание.

Таким образом, категорию «правовая система» можно использовать:

во-первых, в качестве, обобщающей характеристики доктринального, догматического и институционального состояния права применительно к наделенному известной долей обособленности и самостоятельности территориальному пространству;

во-вторых, в пределах определенных временных рамок, в которых воспроизводятся и поддерживаются одни и те же правовые доктрины, догмы и институты.

В первом контексте – общность правовых компонентов в территориальном пространстве – подлежит рассмотрению в качестве правовой системы состояние права как регулятивной системы во всей совокупности его проявлений в отдельно взятой стране, в субъекте федерации с известной долей его самостоятельности в рамках федеративного государства, в пределах сложившегося устойчивого международного сообщества.

Во втором контексте – взаимообусловленность правовых явлений во временном пространстве – следует исходить из отсутствия радикальных изменений в праве как регулятивной системе определенного общества, сохранения в нем преемственности, поддержания стабильности, то есть неизменности социокультурной составляющей.

Таким образом, категория «правовая система» связана с определенными формами существования права во временных рамках в пределах одного территориального пространства, позволяя одновременно установить их взаимосвязь и взаимную обусловленность, идентифицировать входящие в него элементы, множество влияющих на его функционирование и развитие факторов. Для характеристики правовой системы, ее состояния имеют значение исторические тенденции развития права, соответственно, существующие в нем, поддерживаемые и воспроизведимые им правовые традиции, за которые по сути дела «отвечает» правовая культура.

Исходя из приведенных выше характеристик правовой культуры и правовой системы, можно сделать вывод о том, что эти явления отнюдь не тождественны. Правовая культура – это непрерывная, поддерживаемая обществом, объективно существующая

совокупность правовых образов и явлений, для которой не суть важны территориальные и временные пределы. Правовая культура, наряду с другими проявлениями культуры, присутствует в обществе, придавая ему правовую определенность, оказывая регулирующее воздействие, задавая вектор правового развития. Следовательно, правовая система существует в контексте правовой культуры.

Наряду с объективно воспроизведимыми обществом в рамках культуры правовыми традициями и обычаями, образами и моделями правового поведения существуют правотворческая и правоопределяющая деятельность, определяющие состояние правовой системы, которые носят не столько объективный, субъективный характер. Тем самым на состояние правовой системы влияют субъективные составляющие.

Авторы академического курса «Общая теория государства и права» под редакцией М.Н. Марченко в качестве традиции рассматривают «сложившиеся способы поведения людей, передаваемые из поколения в поколение». Далее отмечается определенное сходство между традициями и обычаями, поскольку «те и другие содержат элементы социального и культурного наследия, обладают признаками устойчивости», обращено внимание на то, что «традиции по сравнению с обычаями представляют собой более широкие образования. Как традиции проявляются определенные идеи, ценности, социальные установления, нормы поведения»³. Однако далее не раскрывается, как категория «традиция» преломляется в праве и правоотношениях, в чем состоят принципиальные различия между традициями и обычаями.

Г.В. Мальцев, раскрывая подходы к пониманию права, анализируя множество дефиниций права, отмечает, что «любое определение, выработанное на правовом материале одной эпохи и одной страны, неизбежно утрачивает свое значение за их пределами»⁴. Речь идет, очевидно, о подходах к праву, трактовках права, формирующихся в рамках правовых систем. Вместе с тем Г.В. Мальцев полагает, что «почти все определения права, выра-

³ Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. Т. 2. С. 11.

⁴ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 4.

ботанные юристами различных времен и стран, достаточно четко распределяются по двум группам в зависимости от того, на какие традиции опирались их авторы – *естественного права или юридического позитивизма*⁵. Далее автор отмечает: «Естественно-правовая традиция несет в себе присущую еще античному космизму мысль о единстве, тождестве справедливости и права»... При таком подходе духовно-рациональное начало в праве берет верх над эмпирическим и господствует над ним, направляет его к великим идеалам. Юридико-позитивистская традиция характеризуется обратным соотношением: эмпирическое в праве вытесняет духовное, абстрактно-рациональное (метафизическое) начало, либо придает ему второстепенное, сугубо подчиненное значение⁶. Тем самым понятие «традиция» применяется для объяснения основополагающих подходов в юриспруденции, которые существуют уже не в рамках правовых систем, а шире – в контексте правовых культур.

С помощью категории «традиция» А.К. Романов объясняет природу власти, ее способность подчинять себе людей. «Что же в таком случае составляет основу подчинения власти? – пишет А.К. Романов. – В английской литературе мы найдем однозначный ответ: чувство легитимности власти»⁷. «Традиционное преобладание предполагает, что власть возникает в силу традиции, на фундаменте постоянного и долгого использования того или иного учреждения или на институционализации власти, доставшейся по наследству...»⁸.

А.А. Демичев раскрывает категорию «традиция» через совокупность признаков. По его мнению, «традиция обладает совокупностью признаков.

Во-первых, сложилась в результате многократного повторения в ходе исторического развития.

Во-вторых, существует в течение длительного времени.

В-третьих, обладает достаточно высокой социальной ценностью.

⁵ Мальцев Г.В. Понимание права, Подходы и проблемы. М., 1999. С. 11.

⁶ Там же. С. 11–12.

⁷ Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. 2-е изд., испр. М., 2002. С. 36.

⁸ Там же. С. 38.

В-четвертых, это то, чему люди (представители конкретного исторического общества) на обыденном уровне следуют неосознанно...»⁹.

Далее автор выявляет взаимосвязь между категориями «правовая традиция» и «правовой опыт». «Правовой опыт, – по его мнению, – всегда лежит в основе правовой традиции. Традиция формируется на основе опыта. Но не всякий опыт перерастает в традицию. Для этого должны существовать соответствующие условия – социальные, экономические, культурные, политические... Если традиция была прервана в течение длительного времени (не осталось тех, кто жил во время ее существования, и тех, кто лично знал живших в традиционное время, то нельзя говорить о ее возрождении»¹⁰. В этом случае, по мнению автора, можно лишь воспользоваться прошлым опытом, чтобы ввести новую модель отношений в социальную практику¹¹.

А.А. Демичев рассматривает категорию «правовая традиция» и связанную с ней категорию «правовой опыт» применительно к ситуации в России, когда в постсоветскую правовую систему внедрялись правовые институты, имевшие место в дореволюционном праве, в частности, институты судоустройства и судопроизводства. Возникает правомерный вопрос: если поступательный путь развития общества был прерван, то можно ли возродить традицию? Это особенно актуально для российского права и правоведения.

В пределах небольшого промежутка времени, сопоставимого с продолжительностью жизни одного человека, поступательное правовое развитие России прерывалось дважды: в 1917 г. и на рубеже 80–90-х гг. Получается, что на протяжении XX в. в России существовали три самостоятельные правовые системы. Условно, не вдаваясь в сущностные характеристики, назовем их – досоветская, советская и постсоветская.

«В западных странах, в отличие от России, а именно их принципы в силу ряда причин формируют глобализационные, в

⁹ Демичев А.А. Соотношение категорий «правовая традиция» и «исторический опыт в праве»: методологические проблемы // Возможности адаптации зарубежного опыта: Сборник научных статей. Серия: Право России: новые подходы. Выпуск 1. Саратов, 2005. С. 138.

¹⁰ Там же. С. 152

¹¹ См.: Там же.

том числе правовые, тенденции, – отмечает О.И. Чепунов, – государственно-правовая доктрина формировалась постепенно на протяжении всего их исторического развития. В результате в этих государствах была достигнута достаточная степень гармоничности между правом и другими государственными и социальными институтами общества»¹².

Если говорить о традициях в правовых системах, правовых культурах, то имеет смысл обратиться к правовой системе и правовой культуре Англии. Английскую правовую систему характеризует ряд особенностей. В частности то, что английское право развивается с 1066 г. без каких-либо радикальных изменений¹³. Этому есть объяснения. В частности то, что на протяжении тысячетелетия Англия не подвергалась иноземным нашествиям и завоеваниям, не говоря о внутренних потрясениях. Многие законодательные акты были приняты так давно, что отменять их уже не имеет смысла. Сохранение преемственности в праве имеет большое практическое значение. В течение столетий суды должны были следовать собственным решениям.

А.К. Романов отмечает: «Особенность английской традиции состоит в том, что термином «право» здесь принято называть два совершенно разных явления. С одной стороны, в англоязычной юридической литературе этот термин используется для обозначения совокупности правовых норм независимо от формы их выражения, например конкретного закона, принятого Парламентом, отдельных судебных решений и даже опубликованных трактатов известных юристов и правоведов – монографий по юриспруденции. С другой стороны, этот термин указывает на конкретную форму, в которую облечена норма права, т.е. на то, что в других правовых системах принято называть законами»¹⁴.

Автор отмечает, что «в Англии общественное сознание и мировоззрение людей исторически тяготеют к представлениям о неотъемлемом праве частной собственности и индивидуальной свободе личности. Эти представления преобладают над идеями со-

¹² Чепунов О.И. Системное взаимодействие органов государственной власти Российской Федерации / Дис. на соиск. ... докт. юрид. наук. М., 2012. С. 89.

¹³ Романов А.К. Указ соч. С. 83.

¹⁴ Там же. С. 18.

вместного или долевого владения собственностью... Традиционно большая часть английского права и судебных решений связана с охраной права собственности. Поэтому хорошо развиты такие институты, как договорное право, обязательства из причинения вреда, ответственность за преступные посягательства на собственность и т.д.»¹⁵.

Длительно просуществовавший в России сословный строй, крестьянская община («мир») – вот на чем зиждется российская правовая традиция. В крестьянской среде публичный интерес общины превалировал над частным интересом отдельного лица. Ни крестьянская реформа Александра II, ни аграрная реформа П.А. Столыпина не разрушили общину. Различия в правовом статусе лиц, обусловленные сословной принадлежностью, – вот характерные черты жизни дореволюционной России. На рубеже XIX – XX вв. 8/10 населения России составляли крестьяне, которые жили «миром», то есть общиной. Это и стало важнейшей предпосылкой обобществления собственности в советский период. Социалистические ценности, социалистический строй органично вошли в жизнь страны, где подавляющее большинство населения сохранило общинные связи. Достаточно вспомнить ленинскую установку о том, что «мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»¹⁶, отрицавшую частную собственность, подчинявшую интересы личности интересам общества, то есть публичным интересам. Впрочем, все взаимосвязано. Если нет частной собственности, а есть только личная собственность, круг объектов которой предельно ограничен, жизнь людей подчинена общественным интересам. Традиция неприкосновенной частной собственности в современной России не сформировалась, что вновь приводит к преобладанию публичных начал в правовой системе современной России.

Применительно к Англии, которой свойственен традиционализм, очевидно, не имеет смысла различать существование традиций и в правовой системе, и в правовой культуре. Что же касается России, имеющей прерванный путь правового развития, сменяющие одна другую правовые системы, целесообразно вести речь о

¹⁵ Романов А.К. Указ соч. С. 29.

¹⁶ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.

традициях в правовой культуре. Несмотря на то, что в России менялись доктринальные, догматические и институциональные основания права, сменяли друг друга правовые системы, традиции сохранялись, поддерживались и воспроизводились в рамках правовой культуры общества.

*В.Г. Графский**

О ДВОЙСТВЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

В чем двойственность правовой традиции в сфере правового пользования и применения? Вопрос навеян многими неясностями в пользовании термином, известной темнотой его смысла и назначения, которые так или иначе предопределены манерой пользования этим термином в довольно жестких и замкнутых пределах теоретических или исторических рассуждений. Ответ сводится к обоснованию возможности и желательности различия в правовой традиции двух составляющих ее компонентов – чистую традицию и сосуществующую с ней и частично совпадающую с ней традицию, условно-модифицированную и тем самым не очень чистую, требующую особого учета и отображения.

Самая понятная составляющая правовой традиции, которую можно считать чистой и прозрачной для различия – многолетняя практика точного и неуклонного исполнения существующего закона и связанных с ним правил-требований вольными и невольными его пользователями.

Другая составляющая компонента двойственной традиции существует с первой и включает в себя большой объем правового общения по обыкновению – со знанием или без всякого знания официального закона, с частичным или интуитивным знанием и представлением о требованиях закона, со знанием или без всякого надежного знания и представления требований обычного права, социального обыкновения (социальной привычки без юридических опознавательных знаков и символов). Эта же традиционная состав-

* Графский В.Г. – доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института государства и права РАН (Москва).

ляющая, лишенная четких опознавательных знаков, включает в себя большой массив узкоотраслевых регуляций, существующих и действующих со множеством не всегда доступных разумению среднестатистического гражданина комментариев и терминов, целиком предоставляемого в этом случае стараниям действительных и мнимых знатоков законов и подзаконных регуляций, но остающегося после такого обращения все таким же беспомощным в отыскании способа опереться на собственные адекватные знания или умения.

В отличие от первой вариации традиции – это уже не вполне удобная и не безупречная вариация, а нечеткая по своим последовательным проявлениям со всеми вытекающими следствиями для потребителей и лиц, частично приобщенных к ее действию. Что касается еще одной возможной и действительно существующей традиции, которую для удобства можно именовать правоотрицающей традицией, то ощущимое ее различие и пользование ее способностью противодействовать действию закона являетсяudem немногих – из числа тех, кто о ней осведомлен вынужденно (жертвы правонарушающей традиции) и тех, кто осведомлен о ней по долгу службы или небезопасного любопытства и корыстной заинтересованности.

Таков облик правовой двойственной традиции в пространственном и единственном воплощении – так ее проще всего представить, растолковать и усвоить для первичного уяснения. Самая трудная для комплексного и целостного уяснения оказывается вторая из названных составляющих традиции. В ней помимо всего названного – обычаем и обыкновений, половинчатых исполнений и других возможных несоблюдений внятных требований закона, которые правдами и неправдами обходятся к выгоде заинтересованных, – существует еще несколько влиятельных компонентов, которые возникают на время и которые дополнительно ко всему явно или малозаметно изменяют чистоту проявления первой составляющей – законной традиции, соблюдаемой неизменно. Вторая составляющая традиции существует не в исконно чистом и стандартизированном, а измененном виде, что происходит чаще всего под воздействием недостаточно совершенных и различных законодательных инноваций, рецепции малопродуктивных институтов и принципов, приходящих в рассогласование с продуктивными и действующими институтами.

Разумеется, что в самом привычном и общеупотребительном смысле правовая традиция воспринимается как национальная либо как определенная этнополитическая традиция и отнюдь не как надгосударственная или межгосударственная. Понятное дело, что традиция как социальный и политический феномен имеет еще одно, на сей раз тройственное измерение своего бытия и тройственное измерение своей общеполезности или вредности – это измерение с позиций прошлого, современности и будущего, говоря проще, с позиций некоего набора ожиданий и требований к рассматриваемой традиции в целом или к отдельным ее свойствам и проявлениям в каждом из перечисленных периодов.

Традиция в обстановке длящейся модернизации общества с задержавшимся феодализмом требует особого сравнительного анализа – изучение всего происходящего и длящегося в аспекте взаимосвязей этого происходящего с прошлым и будущим политического устройства и правового общения. Одна из проблем в продолжающемся созидании надлежащего правового общения на началах законности и справедливости – это обеспечение в таком правовом общении ориентированности и обеспеченности синтеза свободы и равенства, а также согласований индивидуального частного интереса и общего блага. В самом деле, можно ли говорить о том, что субъект правообязанностей в нашем сегодняшнем общении живет с перманентной ориентацией на обеспечение совместной миной индивидуальной и коллективной творческой жизни, с гарантированием сферы личной автономии (свободы), собственности и с одновременным обеспечением полноценной жизни в виде наличия экзистенц-минимума или экзистенц-максимума, в последнем случае – в виде развитого спроса на обретение и употребимость умственного, физического и нравственного совершенства человека (включая пользование отлаженным и надлежаще организованным правовым общением). Этот экзистенц-максимум может быть кратко назван также воплощенной гражданской доблестью, заявляющей о себе в сегодняшнем обиходе в виде неустранимой приверженности (любого сознательного и законопослушного гражданина) к поддержанию в общении авторитета истины (честности), общеполезности и надлежащей справедливости.

Чистая традиция с явными и внешне неизменными следами прошлого (то есть с неизменным удержанием части изначального

и/или плодотворно модифицированного однажды – на протяжении долгой исторической эволюции – общеустроительного модуса общества и государства) может существовать и эволюционировать в некоем деформированном варианте в случае явной перенагруженности новациями либо в связи с рецепцией некой другой правовой традиции или под воздействием некой фундаментальной частичной инновации, которая может оказаться сильной и результативной для традиции в целом (например, при переходе от спорадического законотворчества к кодифицированному отраслевому законодательству и к систематизированному и комплексному кодифицированному законодательству). Подобные новации могут оказаться и другими по своим результатам – по преимуществу дестабилизирующими и разрушающими нечто важное в уже обустроенном политическом общежитии или в существующей привычной и надежной для дела порядка и справедливости традиции.

Воспользуюсь аналитическими наработками историка Александра Самойловича Ахиэзера (1929–2007), который считается очень авторитетным аналитиком в деле изучения закономерностей исторических процессов. В 1991 году он стал известен как автор фундаментального труда под названием «Россия: критика исторического опыта (социокультурная динамика России)». В нем все относящееся к социокультурной динамике было так разложено по удобным в пользовании полочкам и папочкам, которые критики уподобили «таблицам Менделеева» русской культуры (И.Г. Яковенко).

Вот одно из его наблюдений над процессами уже в постсоветской России. Речь о вариациях в историческом процессе, вызванных наличием кризисной ситуации. По наблюдениям и выводам историка и социолога, в таких условиях возникают две вариации ответов на вызов кризисной ситуации – либо выработка инноваций для творческих и эффективных ответов на вызов, либо возврат к старым ценностям, который может подаваться внешне как возврат к неким историческим ценностям, незаслуженно подзабытым или приглушенным в ходе исторического развития. Так возникает и осуществляется подпроцесс, который в публицистике часто подается как возрождение определенных этнических и культурных ценностей и который исследователь-историк именует архаизацией институтов. «Архаизация – результат следования субъекта программам, которые исторически сложились в пластах куль-

туры, сформировавшихся в более простых условиях и не отвечающих сегодня возрастающей сложности мира, характеру и масштабам опасностей»¹. Проявления архаизации многолики – от восстановления старинных имен улиц, городов и районов проживания до использования старых социальных и семейных институтов (многоженство, калым, похищение невест, обычаи общения родоплеменные, сословные, конфликтные судебные и др.). Особым проявлением можно считать процессы возрождения культа личности на уровне главы государства, в котором сочетается опыт советского и досоветского периодов (культ Туркмен-бashi и др.).

Всю правовую традицию можно представить на миг размеченной не во времени, а в пространстве, земном пространстве. В частности, представить ее действие в трехуровневом пространстве из трех этажей – нижний подобен земле, верхний небу, средний атмосферному поднебесному пространству. Основа или фундамент традиции – правовой и иной обычай, могущий принять вид правового (к примеру, вид ветхозаветной заповеди из десяти общеизвестных). Сюда же можно причислить и все виды законопослушного правового общения, в которых соблюдение закона и других правил правового приличия (правил правового и законного назначения) существуют почти на уровне инстинкта.

Пример можно взять из жизни продуктового рынка с его ценниками, товарами, покупателями и продавцами. Всем все привично и ясно, и законопослушные люди, заглядывающие в закон, выглядели бы здесь странными существами.

Правовая традиция в виде практики исполнения или иного использования закона имеет вид вполне обычный и привычный и расположена в нашем мысленно вообразимом пейзаже ближе к земле, нежели к небу. Небо в этом пейзаже насыщено различными идеальными, по-другому говоря, ценностными слоями правил и требований, среди которых почти все небесное пространство такого рода занимают два требования – требование законности и справедливости.

У вавилонского царя Хаммурапи, которого сегодняшние социальные историки относят к разряду гениев законодательного

¹ Архаизация в российском обществе как методологическая проблема // Общественные науки и современность. 2001. № 2. С. 89.

искусства, есть такой образ – в стране, где он даровал свои необыкновенные законы, или, по его самохарактеристике, вложил тем самым «в уста страны правду и справедливость» – вложил в уста сограждан возможность громко взывать к правилам-законам разумным и справедливым – отныне все стало преображенными. Преображение это наступило не только вследствие постройки многих новых храмов в честь аккуратно и почтительно перечисленных и не только прорытием новых отводных каналов – но главным образом под воздействием истинных и справедливых законов – весь горизонт и все надмирное пространство в этом царстве-государстве осветились «сиянием справедливости» – справедливость воссияла над страной – таков результат введения законов, зафиксированный и изложенный в тексте самим законодателем.

Задача сегодняшних исследователей этой проблематики состоит в придании всем сегодняшним вариантам восприятия правовой традиции акцента «тотальности», т.е. такого изучения, которое учитывает многообразие существующих социальных практик, ставит в центр исторической реконструкции и теоретико-познавательной определенности (в восприятии правового общения как воплощенной правовой традиции) следующие три взаимосвязанные аспекты измерения, размышления и обобщения – прошлое правовой традиции, ее настоящее и будущее.

Кстати, модное сегодня выражение «социальные практики» вполне пригодно для уточнения нашего узкопрофессионального определения правовой традиции как деятельности, проявляющей себя в практике суда, легислатуры или правительственной власти. В таком восприятии – слишком мало социальности, понимаемой комплексно или междисциплинарно – дело в том, что объект социальной практики в ее сегодняшнем истолковании — это способы и некие результаты жизнедеятельности людей и групп.

Социальные практики определяют место больших групп людей в обществе, они включают в себя личные и групповые, в том числе институционально обособленные и проявляемые интересы, помогающие, кстати, определять цели задачи и характер взаимодействия с другими социальными институтами и группами. Поэтому функционирование и всевозможные изменения общества, государства, их отдельных постоянных и временных институтов и

образований – это всегда изменение тех конкретно-исторических отношений, в которые вовлечены люди, и которые, будучи заданными их собственной деятельностью, выступают вместе с тем регулятором этой деятельности, то есть высоко (или, напротив, не очень высоко) результативным обеспечителем порядка, законности и справедливости в данном виде общения.

*В.П. Малахов**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В НЕТРАДИЦИОННОМ ОБЩЕСТВЕ: ПРОБЛЕМА СОВМЕСТИМОСТИ

Постановка проблемы. Разговор о традициях напоминает поиски Священного Грааля, чтобы, долгожданно испив из чаши, обрести спасение от современных напастей, усмирить правом стихию общественной жизни, придать ей стабильную,нюю, целеобразную, разумную (а потому всенепременно правовую) форму. Эти формы часто обретаются в знании прошлого, в предшествующем опыте. Но тот ли это сегодня путь, на котором может быть найдено средство от современных проблем правовой жизни, способны ли традиции быть действенным средством? Ответ на данный вопрос мы и поищем.

Вопрос о правовых традициях может быть поставлен в двух аспектах – социальном и культурном. В социальном аспекте правовые традиции предстают со стороны внутренней формы, как способ организации права и один из механизмов его действия; в культурном аспекте они предстают со стороны содержания, как накопленный опыт правовой жизни, принявший внешнюю форму.

Как правило, вопрос о традициях, в том числе и о правовых, обсуждается в содержательном плане, выясняется, какие именно традиции воспроизводятся в общественной жизни, какова значимость, существенность той или иной из них. Иными словами, в исследовании традиций заметно преобладает историко-культурологический подход. И описание того, как и где действует та или

* **Малахов В.П.** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Московского университета МВД России.

иная традиция, в сущности, не означает перехода из культурологического в социальный срез анализа.

Однако в теоретическом плане гораздо больший интерес представляют традиции в системе механизмов действия права. Следует заметить, что механизм традиции одинаков независимо от того, о каких традициях – правовых, нравственных, религиозных – идет речь. Поэтому различие правовых и иных традиций по механизмам их действия несущественно.

Прежде чем охарактеризовать механизм традиции, обратимся к их дифференциации.

Типы традиций. В теории сложилось понятие о традициях как о шаблонах, стереотипах действий и отношений, в которых закреплен опыт правовой жизни, накопленный поколениями. Такое понимание верно и достаточно, если само право предстает лишь как институт (механизм) регуляции общественных отношений. На самом деле право – гораздо более сложный феномен и по своей структуре и составляющим его элементам, и по функциональным возможностям, и по содержательному наполнению.

Представляется разумным выделить, как минимум, три типа правовых традиций. *Первый тип* – условно говоря, *поведенческие традиции*, традиции образования и поддержания правоотношений. Они являются элементами регулятивного слоя права. Механизмом поведенческой традиции является привычка, обычай, т.е. простое воспроизведение устоявшихся форм поведения и отношений, их консервация. Формы, в которых заключены традиции, – стереотипы, шаблоны поведения и отношений.

Второй тип – традиции-мотивации. Они являются элементами ценностно-ориентирующего слоя права. Механизмом традиции можно считать идеологию, посредством которой решается задача позиционирования сложившихся форм правоотношений в социальных изменениях. Формы, в которых существуют традиции, – идеи.

Третий тип – традиции-установки. Они являются элементами ментального слоя права. Механизмом традиции является так называемое «коллективное бессознательное», иррациональный и совершенно независимый ни от воли, ни от желаний процесс, психологически связывающий людей в этнос, в том числе и делающий возможным устойчивые социальные отношения. Здесь нет места

ни привычкам и стереотипам, ни идеологии. Формы, в которых существуют традиции этого слоя, – архетипы.

В современной России, к сожалению, весьма значимы правовые традиции ментального слоя, которые имеют негативный характер. Среди них наиболее очевидны, на наш взгляд, следующие: традиция невнимания к человеку как правовому существу; традиция идеализации правового потенциала государства; подданныческая практика правосудия; позорение наказанием; доверие в договоре (которое, однако, перестало оправдывать себя); морализация по поводу правовых норм, подмена права правдой; коллективная ответственность и вина; культивация произвольноволевого характера государственных решений; традиция предъявления иска как прошения, восприятия справедливости как милости; дарованность всех прав; пренебрежение законом там и тогда, где и когда для этого появляется возможность; традиция административно-полицейского способа правовой организации общественной жизни в отсутствие самостоятельного и развитого гражданского общества.

Традиции-установки являются фоновыми для традиций-мотиваций и обнаруживаются только через них; они неотделимы друг от друга, полностью взаимосовместимы, т.е. предстают в общественном правосознании как единое целое.

Позитивные правовые традиции ценностно-ориентирующего слоя группируются преимущественно в рамках негосударственно-го (и не огосударствленного) права. В условиях давления негативных традиций-установок они носят обособленный от поведенческих традиций характер.

Традиции второго и третьего типа неустранимы, имманентны праву (в его широком понимании, т.е. понимании, что юридическое право не является единственной формой права); они «не сбоят». Сбои можно обнаружить только в поведенческих традициях, равно как и превращение их в псевдотрадиции.

Далее следует отметить, что, например, для религиозной жизни наиболее существен третий тип традиций, в моральной сфере основными являются традиции второго типа, в праве же определяющим является именно первый тип традиций. Поэтому сбои в механизме поведенческих традиций для права наиболее «ощущимы», в них заложен разрушительный для права потенциал, чего не

происходит при подобных сбоях ни с моралью, ни с религией, ни с политикой.

Как следствие, решение вопроса о роли традиций в современном праве находится в области анализа именно поведенческих правовых традиций.

Признаки поведенческих традиций. Во-первых, они представляют собой устойчивые, произвольно не изменяемые формы отношений и действий и осознаются в качестве традиций, когда сама эта форма обретает самостоятельное значение, становится первичной, когда непосредственной, практически ориентированной, ситуационной мотивации становится недостаточно, и сами действия или отношения оказываются слишком неопределенными, непредсказуемыми, неустойчивыми.

В традициях целесообразность отделяется от содержания отношения, действия, традиционность обретает свойство знака содержания.

Тем не менее, во-вторых, традиции к форме свести нельзя, в отличие от стереотипов, шаблонов. Традиции суть формы, ставшие содержанием, т.е. общее, ставшее индивидуальным. Общее нормативно, оправданно «в конечном счете», «как правило» и т.п., а единичное ненормативно и оправданность его – в непосредственном очевидном достижении конкретной цели.

В-третьих, традиция по своей природе мифологична, поскольку является механизмом воспроизведения прошлого в настоящем отождествления прошлого с настоящим, обнаружения значимости прошлого для настоящего.

В-четвертых, традиция есть механизм сохранения старого в новом и оппозиция нового старому. Традиции – механизм консервации форм правовой жизни.

В-пятых, традиции, будучи сгустком общественного опыта, в практической деятельности носят компенсирующий характер.

В-шестых, посредством традиций жизненный опыт превращается в артефакты. Артефакт самоценен, опыт же – целесоображен. Именно как артефакты поведенческие традиции выступают самодостаточными основаниями действий.

В-седьмых, поведенческие традиции в своей совокупности составляют правовую культуру общественной жизни. Чем выше эта культура, тем устойчивее и эффективнее действующее право. Тра-

диции-мотивации и традиции-установки не имеют непосредственных воплощений, могут просматриваться (домысливаться) только в поведенческих традициях. Они, скорее, являются формами выражения отношения к праву, они – элементы правосознания, а не практики. К слову, моральную культуру составляют традиции-мотивации, а религиозную культуру – традиции ментального плана.

Восьмых, творение традиций – внерациональный процесс, неуловимое скопление (сочетание) случайностей. Ничто (кроме чего-то абстрактного, домысленного) не является источником традиции; она всегда уже есть, в отличие от обычая, источник которого можно выявить.

Наконец, в девятых, механизмом традиции является передача практического опыта с помощью стереотипов поведения, а духовно-правового опыта – с помощью стереотипов сознания правовой реальности и отношения к ней.

Правовые традиции в современном обществе. В своих истоках право – механизм придания обязательности традициям и обычаям правовой жизни. Но как далеко ушло современное право от своих истоков и способно ли современное общество сберечь традиционные корни своего права?

Доминирование традиций в механизмах действия права связано с наличием определенных условий, среди которых, например, – господство религиозного сознания и вкрапленность религиозных установок во все сферы социальной и духовной жизни; неинтенсивность, невынужденность и немасштабность социальных изменений; преобладание установок на консервацию сложившегося порядка, строя повседневной жизни, на освящение государственного режима, власти и т.д. При наличии и устойчивости (исторической стабильности) таких условий традиции формируют традиционное общество и традиционалистское государство.

Следует, однако, заметить, что гражданское общество, как западноевропейский тип общества, не является традиционным прежде всего вследствие определяющей роли в его качественной характеристике отношений собственности, лишенных сакральности и наделенных динамичностью и рациональностью. Как следствие, западные государства не являются традиционалистскими и не связаны с культивацией правовых традиций. Нетрадиционалистские западные государства, однако, совместимы с традиционным

обществом прежде всего потому, что позволяют ему в определенных границах существовать по его внутренним законам. Все современные государства – нетрадиционалистские.

Наличие в инструментарии современного права традиций и более или менее активное и даже массированное пользование ими еще не указывает на то, что при этом действует сам механизм традиции. Сегодня правовые традиции функционируют на основе иных механизмов приведения права в действие. Если в традиционном обществе они – механизмы регуляции, источники прав, то в нетрадиционном обществе, и тем более в нетрадиционалистском государстве они – манипуляторы сознанием, шаблонно-поведенческая надстройка над формальными источниками права.

Переход от традиционного общества к динамичному отодвигает традиции на задний план. Преобладают рациональные основания организации поведения, в полной мере обеспечивающие формально-логическими средствами (этим, в частности, можно объяснить неутихающий «зуд» законотворчества).

В традиционном обществе правовая реальность формируется традициями, а не традиции формируются реальностью. Реальность можно формировать с помощью механизма обычая и в нетрадиционном обществе, в том числе и в современном, но с точки зрения природы рассматриваемого феномена это, скорее, псевдотрадиции, т.е. некие символы, утратившие имманентные свойства правовой традиции. Существенно то, что правовые традиции в современном обществе лишены религиозного контекста, а моральный компонент в них непозволительно минимизирован.

Важно отметить, что традиции органичны для общественной (и правовой) жизни и существуют по принципу отрицательной обратной связи, т.е. позволяют праву и правовой жизни сохранять свое состояние, саморегулироваться. Модерн же (и постмодерн) механичен, подвластен принципу положительной обратной связи. Поэтому традиции в современном обществе могут существовать только как противовесы современному (модерну).

Таким образом, сознательное использование традиций в отсутствие адекватного им механизма – лишь спекуляция на традициях.

Существенное отличие традиционного общества от нетрадиционного в том, что в первом традиции всех трех типов полностью

совместимы, гармонично связаны, тогда как во втором поведенческие традиции поддерживаются не естественностью правоотношений, а искусственно, принудительно; традиционный и идеологический механизмы функционирования традиций-мотиваций перестают совмещаться, взаимооппозиционируются, что усиливает негативность традиций-установок.

Традиции второго и третьего типа неподвластны государству и не согласованы с его природой, они – традиции народа, этноса и в большинстве своем продолжают существовать вопреки желанию государства. Поэтому основные силы государство бросает на культивацию поведенческих традиций как удобной формы выражения общественной целесообразности собственных интересов.

Эта культивация может быть более или менее успешной, когда она сочетается с идеологическим механизмом, воспроизводящим традиционные ценности. Однако такое возможно только при условии неконфронтационности (конструктивного взаимодействия) государства и общества. По нашему мнению, конфронтационность современных западных государств и гражданского общества не столь значительна, чтобы приводить к взаимному отчуждению. В России же традиционна взаимная отчужденность государства и общества. Не преодолена она и по сей день (да и предпосылок к этому, в общем-то, пока нет), так что попытки построить правовую идеологию и политику на основе традиционных ценностей, сферой сосредоточения которых на самом деле является не государственная жизнь, вряд ли дадут искомый результат.

Таким образом можно сделать следующие выводы.

1. Сам по себе механизм правовой регуляции на традиционной основе нетипичен для современного права (и общества). Живы только те традиции, в которых первична (и достаточна) видимость, бессодержательность (формальность), а не содержательность и целесообразность, как в традиционном обществе.

2. В современном обществе правовая жизнь отделяется от юридического права, только подвластна ему, но не содержит его в себе. Поэтому современное юридическое право – исключительно средство принуждения, и традиционное правовое мышление ушло из сферы его действия.

В правовых традициях, включаемых в юридическое право, ни синтеза, ни сочетания формы и содержания, по сути, нет. В юри-

дическом праве традиции имеют искусственный характер, и существо их искажается.

3. Причины, заставляющие прибегать к традициям, – несостоительность современного права в глазах общества, несоразмерность заключенных в праве обязательств и обещаний со способностью их реализовать. Общество все заметнее становится неправовым, право в целом превращается в псевдотрадиционную форму, вроде овечьей шкурки на голове британского судьи.

4. Традиции общественной правовой жизни не могут безоговорочно поддерживаться государством, и потому механизмы традиции в государственном праве неэффективны и искусственны.

5. Только вне монопольности государственного права, в его единстве с правом общественным (некоторые называют его социальным) возникают условия для действия традиционных механизмов. Но для современного общества это лишь идеальная модель, для реализации которой, однако, все меньше предпосылок.

6. На вопрос, совместимы ли правовые традиции с правом в нетрадиционном обществе, следует ответить отрицательно.

*И.Л. Честнов**

ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ В КОНТЕКСТЕ ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ МЕТОДОЛОГИИ

Постклассическая методология – активно формирующаяся в современной науке традиция, постепенно и с трудом проникающая в юриспруденцию. Она претендует на новое прочтение, переописание (но не разрушение!) оснований и категориального содержания юридической науки. Очевидно, что если эта методология изменяет все социогуманитарное знание, то концепт «правовая традиция» не может не подвергнуться серьезной трансформации в контексте постклассической парадигмы.

* Честнов И.Л. – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ.

Основными посылками постклассической методологии применительно к праву являются: антидогматизм, предполагающий сконструированность и воспроизводимость правовой системы человеком; антропологизм, т.е. включение человека и его ментальной активности в структуру правовой реальности; исторический и социокультурный контекстуализм как антиуниверсализм постклассического правопонимания. Тем самым можно сказать, что «постклассика» – это переописание традиций юриспруденции, переосмысление их места и роли в правовой реальности.

Традиция «традиционно» определяется как «универсальная форма фиксации, закрепления и избирательного сохранения тех или иных элементов социокультурного опыта, а также универсальный механизм его передачи, обеспечивающий устойчивую историко-генетическую преемственность в социокультурных процессах»¹. Однако для современного «постклассического» представления о традиции такое ее определение нуждается в некоторых корректировках.

В традиции, как и в любом социальном явлении, можно выделить объективную, материальную сторону и идеальную, субъективную. В то же время, с позиций постклассической методологии происходит отказ от этой и других классических дилемм социальной философии. На смену противопоставлению объективного/субъективному приходит интерсубъективность, предполагающая включение социального представления в структуру социальной реальности. Тем самым традиция включает многократно повторяемые и распространенные практики и социальные представления, складывающиеся в процессе их восприятия людьми. Поэтому даже «великие интеллектуальные традиции» (по терминологии Р. Коллинза) не могут не сопровождаться человеческой активностью, их порождающей и воспроизводящей. Связь материального и идеального

¹ Абушенко В.Л. Традиция // Социология: Энциклопедия / Сост. А.А. Гриценов, В.Л. Абушенко, Г.М. Евелькин, Г.Н. Соколова, О.В. Терещенко. Мин., 2003. С. 1134.; См. также: «...традиция – это любое проявление активности индивидов, несущее в себе черты традиционности, т. е. передаваемости (переданности) от поколения к поколению, и воспроизводимое сообществом индивидов...». При этом обычаи, ритуалы, обряды выступают содержанием традиций // Бондырева С.К., Колесов Д.В. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества. Учеб. пособие. М., 2004. С. 100, 110.

(психического или рефлексивного) в традициях обстоятельно рассматривает Э. Гидденс применительно к проблеме соотношения макро- и микро- процессов, структуры и действия. Деятельность, из которой складывается, «структурируется» традиция, «нельзя рассматривать как простую комбинацию “действий”: последние возникают лишь благодаря дискурсивному моменту внимания к потоку пережитого опыта. Кроме того, она не может обсуждаться в отрыве от человека, его посредничества и связи с окружающим миром и гармоничности действующей “самости”»².

Постклассика утверждает сконструированность традиций³, а не их «заданность», а также присутствие инноваций внутри традиций. При этом принципиально важно показать механизм «изобретения» традиций⁴, о чем будет сказано ниже.

Традиции играют принципиально важную роль в правовой реальности. Традиции учреждают сообщества с помощью признания чувства сплоченности, а тем самым формирования социальной идентичности, выступающие контекстом правовой реальности. Традиции производят «экономию мышления», «вытесня» рефлексию на уровень доксы. Обыденное сознание или установки образуются из типизаций и идеализаций социального опыта. Типизации и идеализации – это способы оценки ситуации как типичной на основе прошлого опыта. Типизация, с точки зрения социальной феноменологии, – это «превращение незнакомого в знакомое», схематизация текучей и изменчивой социальности⁵. На основе типизированных схем возникают идеализации – ожидания поведения от контрагента(ов) по ситуации в соотнесении с собственными действиями. А. Щюц вслед за Э. Гуссерлем выделял две идеализации: «И-так-далее», представляющей собой «доверие» окружающему миру, в том смысле, что известный мир останется таким же и имеющегося запаса знаний хватит для адекватности его восприятия и поведения в соответствии с ним, и «Я-могу-это-снова», по-

² Гидденс Э. Устроение общества: Очерк теории структурации. М., 2003. С. 41.

³ Об этом сегодня много пишут криминологи и социологи девиантности. // См.: Конструирование девиантности // Монография. Составитель Я.И. Гилинский. СПб., 2011. С. 224

⁴ Hobsbawm E., Ranger T. (eds.) The Invention of Tradition. Cambridge, 1983. P. 310.

⁵ Schuetz A., Lukman T. Strukturen der Lebenswelt. Bd. 1. Neuwied, 1975. S. 26.

зволяющую распространять положительный опыт на последующие ситуации⁶. Кроме того, А. Щюц выделяет еще две идеализации, связанные с взаимозаменяемостью перспектив восприятия мира и поведения в нем: «взаимозаменяемость точек зрения» и «совпадение систем релевантностей». В первой идеализации содержится допущение, что другой, будучи на моем месте, видел бы мир в такой же перспективе, что и я; и наоборот, я видел бы вещи в его перспективе, будучи на его месте. Во второй идеализации я допускаю, что различия в воззрениях и истолковании мира, которые возникают из индивидуальных биографий, являются в принципе нерелевантными. Мы действуем и понимаем друг друга так, как будто мы судим о вещах на основе одинаковых критериев⁷. Именно положительный опыт прошлых действий или информация, которой мы доверяем, является основой последующих практических действий. Это же касается не только обывателя – человека, не отягощенного специальными юридическими знаниями, наукаами и умениями, но и специалистов. Р. Познер – лидер экономического анализа права США – доказывает, что основным методом, используемым в правовой практике, является «практическое мышление». Последнее включает в себя «анекдоты, самоанализ, воображение, здравый смысл, сопереживание, приписывание мотивов, авторитет говорящего, метафоры, аналогии, обычаи, память, интуицию, ожидание регулярностей»⁸.

Принципиально важную роль правовые традиции играют в механизме реализации права. В социологическом смысле право существует в знаковой форме социального представления и массовых практиках, его реализующих. Действие права – это трансформация норм в господствующие практики и личностное знание, а не юридическая сила нормативного правового акта. В этой связи надо проводить различие между социальной и формально-юридической валидностью или действительностью (а лучше говорить – действием) права. Если первая предполагает распространенность, многократное использование соответствующего правила поведения и его положительную оценку (легитимность со стороны населения), то

⁶ Schuetz A., Lukman T. Strukturen der Lebenswelt. Bd. 1. Neuwied, 1975. S. 26.

⁷ Ibid. S. 74.

⁸ Posner R. The Problems of Jurisprudence. Chicago, 1990. P. 73.

вторая – это вступление в силу нормативного правового акта, в котором соответствующее правило поведения фиксируется. Закон может вступить в силу (формально-юридическую), но оказаться фактически (т.е. социально) не действующим по разным причинам: отсутствие финансирования, процессуального механизма реализации, заинтересованности населения⁹. Поэтому социальное существование и действие права – это всегда деятельность людей, воспроизводящих информацию, содержащуюся в знаковой форме правила поведения.

Отсюда следует, что социальный механизм действия права предполагает конкретизацию форм внешнего выражения норм права (источников права – в позитивистской терминологии) в традициях – практиках правоприменителей и обывателей. Статьи нормативных правовых актов всегда абстрактны и редко когда содержат конкретный алгоритм действия человека. Так, например, статьи УПК РФ не говорят о том, как (в какой последовательности, с использованием каких приемов, чтобы соответствующее действие привело к желаемому результату) проводить конкретные следственные действия, а закрепляют их формальный момент. Содержание же правил уголовного процесса определяется традициями, складывающимися на основе криминалистических рекомендаций и их трансформации в практики. В конкретной юридически значимой ситуации они преломляются в личном опыте правопримениеля и воплощаются в индивидуальном правовом акте.

Таким образом, содержанием правовой традиции являются практики людей – носителей статуса субъектов права, которые представляют собой массовые многократно повторяющиеся юридически значимые действия, складывающиеся на основе социальных представлений о типичных правовых ситуациях. Юридические практики формируются как седиментации и хабитуализации индивидуального опыта в соотнесении с образами о должном, которые, в свою очередь, возникают на основе норм права, методик применения норм права, рекомендаций опытных специалистов

⁹ О «мертворожденных» составах УК РФ см. подробнее: Гилинский Я.И. Уголовное право: возможности и пределы // Гилинский Я.И. Девиантность, преступность и социальный контроль в «новом мире» // Сборник статей. СПб., 2013. С. 101.

и т.п. Юридически значимые практики конструируются на основе социальных представлений о праве и формируют (или переформируют) новые социальные образы, стереотипы права.

Механизм формирования правовых практик включает инновацию, выступающую «первичным произволом»¹⁰ и его амнезию (или седиментацию – по терминологии Э. Лаклау). Социальная амнезия – это процесс институционализации на основе формирования массового поведения и социального представления, в котором эта многократно повторяющаяся деятельность воспринимается и закрепляется в ментальной (психической) форме. Принципиально важная роль в этом процессе принадлежит правящей элите и референтной группе. Выявление интересов, которые преследуются и теми, и другими и их последующей объективации в социальных представлениях и практиках – важнейшая задача социологии права¹¹.

Социальная практика, оперирующая знаками, переопределяет их значения, как в рамках структуры, так и выходя за ее границы и создавая тем самым новую структуру. Так формируется представление об объективности социальной структуры (института), ее естественности. Однако так понимаемая объективность – это исторический результат политических процессов и борьбы за гегемонию, навязывания своего символического видения мира. Объективность, как утверждает Э. Лаклау, – это маскировка изменчивости, сокрытие альтернативных возможностей иных значений¹².

Э. Лаклау утверждает, что в основе любого социального института лежит учреждающий его акт власти, который в условиях фундаментальной неразрешимости социального состоит в предпочтении одного правила организации практик всем существую-

¹⁰ В основе любого социального института лежит первоначальный произвол, который с помощью механизма социальной амнезии по прошествии некоторого времени начинает выдаваться за «естественный ход вещей» // Бурдье П. За рационалистический историзм // Социологос постмодернизма. М., 1996. С. 15.

¹¹ Так, по мнению П. Бурдье в основе формирования современного бюрократического государства лежал интерес социальной группы юристов по упрочению своего социального статуса // См.: Бурдье П. От «королевского дома» к государственному интересу: модель происхождения бюрократического поля // Социология социального пространства. М., СПб., 2005. С. 255–288.

¹² См.: Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time. London, 1990. P. 89.

щим альтернативам («первичный произвол» – по отношению к действующей нормативной системе), и который с помощью механизма «забывания происхождения» (у П. Бурдье – «амнезия происхождения») седиментируется, то есть превращается в социальный институт, якобы сложившийся сам собой¹³.

Этот механизм можно назвать источником права в социологическом смысле. В результате механизмов правовой инновации и ее седиментации не только формируется новый правовой институт, но он облекается в форму правовых традиций, через которые функционирует, т.е. реализуется в правопорядке.

Важным аспектом конструирования и воспроизведения правовой традиции является формирование правовой идентичности. Это связано с тем, что структура (институт, традиция) включает человека и его повседневные действия, которые участвуют в воспроизведстве структуры¹⁴. Идентичность, по мнению Э. Гидденса, – это «определенный (однако расплывчато заданный) круг прав и обязанностей, которые актор, соответствующий этой идентичности (или «лицо», занимающее эту позицию) может активировать или выполнить: эти права и обязанности формируют ролевые предписания, связанные с той или иной позицией»¹⁵.

Формирование правовой идентичности (юридического Я), как утверждается в социокультурной антропологии, происходит через механизм мимезиса – подражания, повтора с элементами вариативности. Это не просто копирование образца поведения и представления, а преломление образца в «телесные практики» и систему «личностного знания» (навыков и умения), учитывающее соотнесение образца с персональными мотивами, интересами и потребностями, инкорпорирование образца в хабитус – систему предрасположенностей человека – актора¹⁶.

¹³ См.: *Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time*. London, 1990. P. 160.

¹⁴ Это так называемая «дуальность структуры»: «Субъектов деятельности и структуры нельзя рассматривать как две независимые друг от друга категории...». (Гидденс Э. Указ. соч. С. 70, 404–412.)

¹⁵ Это так называемая «дуальность структуры»: «Субъектов деятельности и структуры нельзя рассматривать как две независимые друг от друга категории...». (Гидденс Э. Указ. соч. С. 142.)

¹⁶ См.: *Taylor Ch. Philosophical Argument*. Cambridge, 1996. P. 178.

Следует согласиться с позицией Р. Брубейкера, по мнению которого «слово “идентичность”... обыкновенно означает или слишком много (когда понимается в сильном смысле), или слишком мало (когда понимается в слабом смысле), или вообще ничего не означает (из-за его полнейшей неопределенности)»¹⁷. Вместо отягоченного эссециалистскими коннотациями термина «идентичность» американский социолог предлагает использовать процессуальное понятие «идентификация». В таком случае правовая идентификация – это процесс приобщения к юридической позиции (правовому статусу), конструируемому господствующими дискурсивными практиками. Наиболее важным идентификатором на сегодняшний день остается государство, действующее через референтные группы, потому, что «оно располагает материалом и символическими ресурсами, позволяющими насаждать категории. Классификационные схемы и способы социального подсчета и отчетности, с которыми должны работать чиновники, судьи, учителя и врачи и которые должны иметь в виду негосударственные акторы»¹⁸.

B.E. Чиркин*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ФОРМАЦИОННО- ЦИВИЛИЗАЦИОННОГО ПОДХОДА В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Термины «формация» и «цивилизация» неоднозначны и дискуссионны. Первый из них мы используем в его марксистском значении «общественно-экономической формации». С самого начала это понятие было односторонним. Акцент ставился на производительные силы и производственные отношения, другие сторо-

¹⁷ Брубейкер Р. Этничность без групп. М., 2012. С. 61.

¹⁸ Там же. С. 92.

* Чиркин В.Е. – доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института государства и права РАН, зав. кафедрой конституционного права и сравнительного государствоведения юридического факультета Московского психолого-социального университета.

ны общества иногда игнорировались, использовалась жесткая детерминированность в развитии человечества. Можно по-разному относиться к этому термину, однако признано, что в мире существовали рабовладельческий и феодальный строй, существует капитализм, были (СССР и др.) и есть страны тоталитарного социализма (Вьетнам, Китай, КНДР, Куба, Лаос).

К понятию цивилизации, их числу, названиям существует множество дискуссионных подходов. Некоторые исследователи насчитывают до 300 определений цивилизации. Автор данной статьи исходит из того, что цивилизация – это определенный образ жизни крупных сообществ людей (народа, группы народов), зависящий от объективных условий существования человеческих обществ, имеющий системный характер и опирающийся на одинаковые постулаты (в том числе социальные нормы разного рода – обычая, права, религии и др.), которые требуется считать основополагающими, а иногда даже неопровергимыми и вечными (например, в прошлом в индуизме, в настоящее время в мусульманском праве).

Теоретически каждый народ может создать (хотя совсем не всегда создает) свою собственную цивилизацию, но на практике понятие цивилизации гораздо шире, чем образ жизни одного конкретного этноса. В наше время нельзя выделить французскую, шведскую, армянскую или российскую цивилизации (хотя это иногда делают)¹ и соответствующие им цивилизационные системы права (хотя такие системы, как государственные, существуют).

Многие зарубежные авторы, особенно американские, связывают цивилизацию с понятием культуры народа (народов). Понятие «культура» в его значении определенного общественного явления, определенной данности в свое время начали разрабатывать американские социологи Олмонд, Верба и некоторые другие, оно близко к понятию «цивилизация». Однако в понятии культуры есть также качественная оценка: это совокупность *достижений* определенных крупных сообществ людей, народов, стран в сферах производственной, общественной, духовной жизни. Такие достижения оцениваются с позиций общегуманных ценностей человече-

¹ См.: Лужаева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценное измерение. М., 2009. С. 213.

ства и общих ценностей данного сообщества, как они понимались в свое время (добро в отличие от зла, свобода, справедливость и др.). Это не одно и то же, что общечеловеческие ценности нашего времени (например, как известно, в Спарте добром для сообщества было умерщвление детей, рожденных слабыми).

Формация, культура народа, цивилизация – нечто единое и вместе с тем – разное. В каждом из этих явлений есть свои позитивы и отрицательные стороны. Это относится и к прошлому, и к действующим в формациях, культурах, цивилизациях правовым системам (достижения искусства и рабство в Древней Греции, исключение стихии рынка и тоталитаризм в СССР, политическая свобода и прибыль как главная цель современной капиталистической либерально-социальной системы права).

В свое время английский историк А. Тойнби насчитал в истории 19 цивилизаций – крито-микенскую, сирийскую, древнегреческую, китайскую, православную и др. (затем свел их к 13)². Иногда считают, что есть только две цивилизации (традиционная и современная), французские компаративисты Ж.и Ж.-Э. Жиккели говорят, что теперь в мире «стала универсальной» единственная цивилизация – индустриальная³. Несмотря на эти неясности в понятии и в классификациях, российские исследователи отмечают, что «цивилизационный подход на глазах превращается в одно из приоритетных направлений»⁴.

В этом есть большой плюс, но и свои минусы: сторонники исключительно цивилизационного подхода в юридической науке отвергают «rationальные зерна» других способов анализа, многофакторность познания права (в частности, правовых систем). Пока что, кроме самых общих рассуждений о возможностях типологии права по социально-культурным (цивилизационным) основаниям, современные авторы, вопреки заголовкам глав в книгах, никакой типологии, правовых систем в сравнительном правоведении и иной типологии предложить не смогли⁵. Мы полагаем, что

² См.: Тойнби А. Постижение истории. М., 1991. С. 731.

³ См.: Gicquel J., Gicquel J.-É. Droit constitutionnel et institutions politiques. 22-éd. P., 2007. Р. 29.

⁴ Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву (очерки общей теории и практики) // Монография. М., 2012. С. 31, 33.

⁵ Там же. С. 31–41

такие классификации можно предложить на основе совмещенного формационно-цивилизационного подхода.

Основоположники системного подхода к сравнительному правоведению (Р. Давид, К. Цвейгерт, Х. Катц, теперь Р. Леже и др.) совершили прорыв в научных исследованиях. Они создали новое направление исследований, выделили и проанализировали различные правовые общности современности, назвав их системами или семьями (романо-германская, англосаксонская, мусульманская, социалистическая и др.), рассмотрели исторические системы прошлого и остатки их элементов в современных условиях (индуизм, иудейство и др.). Термины «правовая система» и «правовая семья» при этом часто используются как тождественные.

В настоящее время многие авторы выделяют все большее число систем или семей, справедливо указывая на существующие разнообразия. На наш взгляд, если отвлечься от частностей и сосредоточить свое внимание на главном: особенностях сущности и содержания правовых образований (общностей, формирований), то, видимо, прежде всего, следует разграничить понятие «правовой системы» (в ее международном плане, а не как системы отдельного государства) и «правовой семьи» (в таком же аспекте), заложив в основу понятие системы не только цивилизационный, но и формационный (преимущественно формационный) признак.

На наш взгляд, нельзя сказать, что формационный подход к понятиям и анализу сообществ, цивилизаций, культур, государства, правовых систем совершенно бесплоден. Он создает возможности установить социальную сущность, некоторые принципиальные особенности правовых систем прошлого (вряд ли можно отрицать особую социальную сущность рабовладельческого, феодального или «буржуазного» права). В современных условиях свои принципы права, свою сущность правового регулирования наблюдаются в условиях капитализма, мусульманского фундаментализма с его полуфеодальными элементами, тоталитарного социализма в сохранившихся социалистических государствах. Использование формационного подхода как одного из элементов научного анализа может давать достоверные результаты, но он схематизирует и обедняет действительность, а иногда приводит к ошибочным выводам, отвергая гуманистическое значение кон-

ституционного опыта человечества до создания социалистического государства «диктатуры пролетариата».

Цивилизационный (социально-культурологический) подход к праву, его системам и семьям (в нем есть свой социальный элемент, отличный от формационного) учитывает многие стороны, которые игнорировались при формационном подходе, выявляет разновидности правовых семей внутри их «сущностных систем», он обогащает познание, делает его более разносторонним, богатым, учитывающим разные стороны, выходящим за пределы только контрастного сравнения, присущего формационному подходу. На наш взгляд, обогащенное современными представлениями и уточнениями формационное и цивилизационное изучение систем и семей права, правовой действительности в ее самом широком толковании совместимо. Одно не исключает другого, оба подхода могут комбинироваться, и при учете сильных и слабых сторон каждого могут привести к истинным выводам.

Таким образом, для классификации правовых систем в современном мире, анализа их плюсов и минусов (именно систем, а не семей, мы различаем эти понятия, и различия отчетливо видны на примере мусульманской правовой системы, есть право фундаменталистских (радикалистских) стран, например, ОАЭ, Омана, Саудовской Аравии, и «продвинутых» мусульманских государств, например, Египта, Ирака, Сирии) необходим не односторонний, а комплексный подход, соединяющий способы анализа и синтеза с формационных (сущностных) и цивилизационных, культурологических позиций, включающих и сущность, и содержание.

Для классификации правовых систем, действующих в современном многополярном мире, на наш взгляд, важен не столько анализ юридического содержания тех или иных правовых институтов, а исследование сущности системы. Для этого прежде всего приходится обращаться не к нормам гражданского, уголовного, процессуального права, хотя они традиционно являются основными отраслями права в любой стране, а к основополагающим отраслям и институтам социально-политического характера, прежде всего к конституционному праву. Социально-экономические, политические институты, другие институты, характеризующие правовой статус человека, правовые основы экономических, социальных, политических, идеологических отношений, наиболее рельеф-

но отражают сущность правовой системы, позволяют более четко отграничить одну от другой.

При таком подходе представляется, что в современном мире действуют три правовые системы:

1) мусульманская (комплексно эта система с позиций «классического ислама» регулирует отношения в небольшом числе стран мусульманского фундаментализма (радикализма) – в Саудовской Аравии, Омане, Катаре и др., но на обыденном уровне, да и не только обыденном, ее нормы применяются широко: по данным исламских источников, мусульман в мире насчитывается до 1,6 млрд. человек);

2) тоталитарно-социалистическая система (около 1,5 млрд. человек), проживающих во Вьетнаме, Китае, КНДР, Кубе, Лаосе (подлинного социализма, как он мыслился многими передовыми умами человечества, пока осуществить не удалось);

3) капиталистическая либеральная и частично социальная система (важно помнить о неизбежной ограниченности социального фактора при капитализме), для краткости – капиталистическая либерально-социальная система (4 млрд. человек) в большинстве государств мира в ее разных, в том числе неразвитых, формах.

Общественные, а еще чаще частные и личные отношения оставшийся части человечества, регулируются смешением норм различных семей, среди которых трудно выделить доминанту, чтобы отнести их к той или иной семье, иногда – обычным правом, в редких случаях – остаточными нормами исторически пережиточных систем или семей.

Мусульманская правовая система имеет свои общие признаки во всех странах: Коран, Сунна, шариат – основные источники права; понятие уммы «правоверных», отделенных и в известной мере противопоставленных «неверным»; права упоминаются, но главное – обязанности перед Аллахом и умой; правовое неравенство (включая женщин), все равны только перед Аллахом; элементы халифата (иногда – республиканского) и принцип аш-шуры (совета, консультаций при правителе) и др.

В рамках мусульманской системы права существуют правовые семьи, выделяемые по разным основаниям (сунниты, шииты, фундаментализм (радикализм), модернизированное мусульманское право в «продвинутых» странах). Назовем особенности по-

следнего: республика, выборы, парламент, партии, общественные объединения (все это запрещено в странах правового фундаментализма), существует развитое законодательство (в странах фундаментализма говорится, что все нормы права (кануны) есть в «священных книгах», и нужно только суметь извлечь это из них, а институты мусульманского права считаются несовместимыми с европейским), упразднены мусульманские суды с членовредительными (талион и т.д.) наказаниями, С 90-х гг. XX в. в странах мусульманского фундаментализма есть некоторые изменения. В 2012 г. на конференции исламских правоведов (муфтиев и др.) в Москве даны новые толкования некоторым негативным институтам ислама (джихаду, вселенскому и иному халифату, такфиру и др.).

Свои общие признаки имеет *тоталитарно-социалистическая система*: господство (руководящая роль) одной партии – коммунистической; запрещение политической оппозиции; закрепление в праве неравноправного классового деления общества (рабочий класс – ведущий); безраздельное господство одной – социалистической собственности; «республика советов» (типа советов); отрицание разделения властей и местного самоуправления; система советов как единственных органов государственной *власти* (остальные – органы государственного управления, правосудия и т.д.); права и свободы предоставляются гражданам только в целях строительства социализма: обязательная идеология (марксизм-ленинизм с национальной спецификой – идеи Хосе марти на Кубе, Мао Цзедуна и Дэн Сяопина в Китае и т.д.): тоталитарный государственный режим и др.

Вместе с тем в социалистической системе складывается новая семья, отличающаяся от прошлого: отказ от концепции диктатуры пролетариата; признание в конституциях необходимости частной собственности и ее важной роли в экономике; положения о регулируемой социалистической рыночной экономике; признание прав человека (до этого – только гражданина); тезис о правовом государстве и др. Правда, изменения в основном касаются экономики, а иногда почти не относятся и к ней (КНДР).

Либерально-социальная правовая система современного капитализма в том или ином виде и степени развития существует в большинстве стран. Она складывается и в прежних странах тоталитарного социализма.

Теоретически и в значительной мере на практике правовые основы капиталистической либерально-социальной системы включают общечеловеческие ценности: свободу, равенство, справедливость, собственность, народный суверенитет, демократию, права человека и другие. В последние десятилетия в конституциях иногда упоминается также социальная справедливость, социальное партнерство, социальная ответственность, не только конкуренция в экономике, но и соревновательность на других уровнях. Эта правовая система закрепляет важнейшие достижения экономической, социальной, политической и духовной жизни общества на данном этапе развития человечества. Отрицать это нелепо. Однако либерально-социальный капитализм – это тоже капитализм, а не иной строй более высокого типа, который пока неизвестен.

Главная ценность его, изначально закрепленная в праве – частная собственность, в праве доминирует индивидуалистический подход. Политическая демократия развита главным образом на уровне либерализма, есть лишь элементы подлинной демократии в сфере производства, воля народа отнюдь не всегда имеет решающее значение, нет планового руководства производством в масштабах всего общества, анахия производства, стихия рынка приводят к разрушающим кризисам, отсутствует подлинное социальное распределение общественного продукта, т.е. прежде всего по труду. Известны факты чрезмерных богатств и ужасающей бедности в самых благополучных капиталистических странах. Нет необходимости приводить факты вооруженных расправ с мирными демонстрациями в самых благополучных странах (например, в Великобритании в 1972 г.).

Эта правовая система выражает не только некоторые общечеловеческие ценности, но и ценности данного общественного строя, этой формации и цивилизации, она охраняет его, а основой любого капиталистического строя является погоня за прибылью. Это остается главной движущей силой также либерально-социального капитализма.

В рамках этой системы в зависимости от особенностей цивилизации, культуры, традиций, правового содержания регулируемых отношений складываются различные семьи. Исследователи выделяют их различные виды и число. Обычно говорится о романо-германской и англосаксонской семьях права. Иногда романо-

германскую семью разделяют на две, добавляют скандинавскую, латиноамериканскую, православную семьи. Возможно, сложилась и постсоциалистическая правовая семья, во всех таких странах новое сочетается с остатками старого.

В науке существуют доводы за и против таких классификаций. Они требуют новых исследований с позиций формационно-цивилизационного подхода.

*А.И. Экимов**

ТРАДИЦИИ В ПРАВЕ И ПРАВОВЫЕ АКСИОМЫ

В юридической науке не принято рассматривать традиции в праве в контексте правовых аксиом. Между тем такой анализ позволяет уяснить, что традиции зачастую представляют собой не что иное, как правовые аксиомы, а последние, в свою очередь, выступают в качестве правовых традиций. Остановимся на этом вопросе подробнее.

В немецком философском словаре, который уже около сотни лет выходит в Германии, традиция определяется как «передача духовных ценностей от поколения к поколению» или также как «то, что передают»¹.

Усвоить традиции – значит знать их. Следовать традициям – значит не только находиться под их воздействием при принятии конкретных правовых решений или совершении юридически значимых поступков, но и защищать их в случае коллизии с любыми нормами или ценностями. Традиции в большей или меньшей степени определяют жизнь каждого человека, характеризуют особенности поведения социальных групп и целых этносов. Без них угасла бы цивилизованная жизнь на земле. Вместе с тем они способны оказывать и негативное воздействие на общество, действовать по принципу «мертвый хватает живого». Возникает реальное противо-

* Экимов А.И. – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российского экономического университета им. Г.В. Плеханова.

¹ Философский словарь. 22-е изд. / Под ред. Г. Шишкоффа. М., 2003. С. 447.

рече: без традиций невозможно построить сколь-нибудь прочные общественные отношения, но именно они способны «загнать» общественную жизнь в железные оковы так называемого традиционализма – неизменной основы всякого консервативного мышления.

Традиции по-разному сказываются на сферах правотворческой деятельности и правореализации. На правотворчество особое влияние оказывают политические, экономические, нравственные и собственно-правовые традиции. Политические традиции отражают приоритетные интересы, закрепляемые в виде нормативных требований. В истории человечества не было таких периодов, чтобы в праве не отражались интересы правящей элиты. Политические традиции, зафиксированные в отечественном праве, в течение столетий выражались в открытом провозглашении приоритета интересов одних социальных групп перед другими. История Киевской Руси начинается с формирования института холопства. Здесь все равны в своем неравенстве перед князем, и все холопы по отношению к любому лицу, занимающему более высокую ступень в социальной иерархии. Население к тому же было бесправно перед властью завоевателей. Лишь после февральской революции в России в безусловной форме была закреплена идея формального равенства прав всех граждан, независимо от их сословной принадлежности. «Холопство по форме» претерпело крах, но «холопство по содержанию» осталось. Советское право в этом отношении продолжило линию буржуазного права – быть справедливым только по форме. Политическая традиция, которой следует современное российское право, предполагает, что все социальные группы и граждане в их формальных притязаниях в одинаковой мере поддерживаются правом.

Экономические традиции, находящие закрепление в праве, выражаются в способе и характере регулирования отношений между людьми в процессе производства и распределения материальных благ. И здесь неизменно действует правило: правящая элита, редко в какие времена, может считать себя «обиженней», разве что в тех случаях, когда она сравнивает свое положение в обществе с правящей элитой других стран. И тогда не исключается, как это было в СССР, «восстание» правящей элиты против несправедливых с ее точки зрения порядков в ее собственной стране. Таким образом, правящая элита сама становится катализатором революции.

Экономические традиции закрепляются, как правило, на весьма длительные периоды. Их ломка свидетельствует о перевороте в типе права. Отказ от частной собственности в советский период и возврат к ней после падения СССР знаменовали революционные изменения в отечественном праве, коренную смену его парадигм. В частности, из-за отказа от прежней традиции, трудно давалось большинству нашего общества признание справедливости приватизации, проведенной «реформаторами» 90-х гг. прошлого века. Граждане, застигнутые врасплох пропагандой о пользе приватизации, плохо усваивали новые правовые формы, в которые отныне им нужно было облекать свою экономическую деятельность.

Нравственные традиции содержат образцы поощряемого или порицаемого поведения людей. В любом социуме, даже раздираемом глубокими социальными противоречиями, существует некое согласие относительно соблюдения минимума нравственных традиций, которые должны учитываться в праве. Нравственные традиции явно долговечнее, чем политические и экономические традиции. Однако со временем и их содержание может измениться коренным образом. Глубокими душевными переживаниями наших соотечественников сопровождается массовое попрание, например, таких традиционных добродетелей, как доверие друг к другу и к властям, сопереживание чужому горю, забота о детях, престарелых и больных, помочь тем, кто пострадал от стихийных бедствий, и т.д.

Было бы ошибочно считать, что названные выше традиции действуют в отрыве друг от друга. Свое влияние на правотворческую и правореализационную деятельность они оказывают как некая целостность, внутри которой формируются собственные связи и отношения. Этот факт представляется крайне важным в тех случаях, когда хотят сохранить какие-то отдельные традиции и не принимают в расчет другие. Безболезненно разорвать соединяющие звенья между традициями далеко не всегда удается.

Особо следует сказать о собственно правовых традициях – своего рода правовых позициях, фиксируемых в правовых нормах и правореализационной деятельности². Речь, в первую очередь, идет о

² О понятии и природе феномена «правовая позиция» см. подр.: *Власенко Н.А., Гринева А.В. Судебные правовые позиции (основы теории)*. М., 2009. С. 7–42.

тех из них, которые трансформировались в правовые аксиомы – правила игры, которым должно следовать государство. Без их признания и поддержки право превращается в произвол. Но есть и другой момент, связанный с правовыми аксиомами. Их знание позволяет каждому человеку почти безошибочно ориентироваться в любых «закоулках» отечественного права. Оно представляется крайне важным и тогда, когда человек оказывается за пределами своего отечества. Не зная конкретных правовых норм, действующих в чужой ему стране, он привозит с собой только один «правовой багаж», способный помочь ему – знание правовых аксиом, приемлемых для цивилизованного государства. Знание правовых аксиом упрощает проблему его интеграции в прежде чужое ему общество.

Существует взгляд, что аксиома – это очевидная истина, не требующая доказательств. Однако на деле аксиомы принимают без доказательств не потому, что они очевидны, а потому для их доказательства нет исходного материала (например, для верующих аксиома – «Бог есть», а для атеистов аксиома – «Бога нет»). Правовые аксиомы, подобно иным аксиомам, складываются как итог длительных наблюдений, обобщений, как результат практически преобразующей деятельности человека.

При исследовании правовых аксиом в сфере правотворчества необходимо обратить внимание на следующие аспекты этой проблемы:

а) сопоставление правовых аксиом, существующих в различных правовых системах;

б) способы включения правовых аксиом в российское право.

При сопоставлении аксиом в различных правовых системах возможен их диахронический и синхронический анализ. Как известно, в прошлом было выработано немало правовых аксиом. Одни из них давно уже отвергнуты. Например, еще в буржуазном обществе было признано несправедливым правило о том, что показания лица, обладающего особыми привилегиями, имеют большую ценность, чем показания лица, который такими привилегиями не наделен. Но те аксиомы, в которых был воплощен исторический опыт народов, связанный с поисками путей наиболее эффективного разрешения споров между участниками общественных отношений, удержались до сих пор. К их числу относятся, например, следующие аксиомы:

- где есть право, там есть и защита (*ubi jus ubi remedium*);
- суды сами знают законы, стороны в процессе не обязаны доказывать их содержание (*jura novit curia*);
- сила доказательств определяется их весомостью, а не количеством (*argumenta ponderantur, non numerantur*);
- решение спора между двумя лицами и не должно вредить третьему лицу (*res inter alios acta alteri non nocet*);
- пусть будет выслушана и другая сторона (*audiatur et altera pars*).

Диахронический анализ свидетельствует, что юридические аксиомы, находящие отражение в праве, охватывают все то лучшее, что было выработано за предыдущую историю развития права. Синхронический анализ, в свою очередь, показывает, какое право наиболее полно и последовательно воплощает в себе юридические аксиомы, выработанные передовой общественно-политической мыслью. Например, существует правовая аксиома о том, что сторона обязана доказать обстоятельства, на которые она ссылается. Исходя из этой аксиомы, законодательство Бельгии в течение десятилетий закрепляло правило, согласно которому для взыскания ущерба, причиненногоувечьем на производстве, рабочий должен был доказать вину предприятия. Но собрать такие доказательства работнику было крайне трудно, прежде всего, из-за сложности установления причин несчастного случая, нередко требующего дорогостоящих экспертиз. Лишь в результате длительной и упорной борьбы трудающиеся Бельгии добились принятия правовой нормы, освобождающей их от доказывания вины причинителя ущерба в указанных ситуациях³.

Аксиомы по-разному вплетаются в ткань права. Прежде всего, они могут непосредственно фиксироваться в конкретных нормах права. Но иногда одна и та же аксиома получает закрепление в нескольких правовых нормах. Некоторые аксиомы могут включаться одновременно в несколько правовых институтов. Так, аксиома «суд и судей необходимо уважать» выражена в нескольких группах правил:

во-первых, в нормах, обеспечивающих формирование состава суда, достойного уважения, которыми устанавливается порядок назначения судей, их отчетности перед избирателями;

³ Подробнее см.: Советское государство и право. 1955. № 8. С. 97.

во-вторых, в нормах, регламентирующих порядок судебной деятельности: порядок проведения судебных заседаний, права и обязанности председательствующего в судебном заседании;

в-третьих, в нормах, карающих за проявление неуважения к суду и устанавливающих ответственность за нарушение порядка в зале судебного заседания, за невыполнение распоряжений суда.

Особенность юридических норм, содержание которых адекватно содержанию соответствующих правовых аксиом, состоит в том, что они реже, чем другие нормы, подвергаются пересмотру. Причина такой устойчивости «аксиоматических» норм связана с устойчивостью самой морали. Закрепление аксиом в праве – это один из способов обеспечения его реальной справедливости⁴. Возможна также ситуация, при которой правовые аксиомы не закреплены непосредственно в правовых нормах. В этих случаях их обязательность для права выражается в том, что они «приобретают» значение правовых принципов.

Существенные проблемы возникают при анализе аксиом в правоприменительной деятельности. Одной из важнейших аксиом права было и остается правило: закону надо доверять. Однако эта аксиома с трудом прокладывает себе дорогу. Ниспровержение монархии, а затем демократического Временного правительства, социалистического государства ничего не добавили к распространенной оценке закона как средства отчуждения личности от власти как враждебной силы. Здесь мы встречаемся с типичным случаем, когда аксиома, на которой должно основываться право, и реальная правовая традиция (точнее, «контртрадиция») расходятся друг с другом. Но в целом содержание аксиомы, как правила, становится содержанием традиции. И если аксиома плохо реализуется, то только потому, что соответствующая традиция не была доведена до уровня правовой аксиомы.

Формирование общества западного типа, о чём мечтают наши либералы, связано с глубоким пересмотром традиций, существовавших в годы советской власти, и требует работы многих поколений. Напоминая о сходной проблеме, возникшей в России в период Февральской революции 1917 г., идеальный борец с советской вла-

⁴ Подробнее см.: Чечина Н.А., Экимов А.И. Категория справедливости в советском гражданском процессуальном праве. Калинин, 1981.

стью, правовед Н.Н. Алексеев подчеркивал: «Русская интеллигенция пыталась построить на руинах империи новое демократическое здание в европейском стиле, но широкие народные массы оказались равнодушными к этому мероприятию... Народ верил и воспитал в душе другое понятие о политической правде»⁵. Считая, что рано или поздно коммунистическая партия потеряет свою власть, Н.Н. Алексеев предупреждал: кто хочет предугадать те прочные формы, которые привыкаются в нашем государстве, должен считаться с традициями, «примитивом», который в течение веков бессознательно определял политические судьбы России⁶. Трудно не согласиться с этим прогнозом выдающегося ученого. Добавим только, что новые традиции, отвечающие духу русской цивилизации, могут складываться только на путях сбережения всех тех аксиом права, которые придают нашему обществу «человеческое лицо».

А.А. Соколова*

ТРАДИЦИИ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА В НАУЧНЫХ ИССЛЕДОВАНИЯХ: К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ

Феномен права в современной науке изучается с различных сторон: теоретическая юриспруденция выявляет сущность и природу права; историческая юриспруденция изучает факторы, влияющие на развитие, изменение правовых институтов; сопоставительный анализ правовых норм различных государств – предмет сравнительной юриспруденции. Достаточно ли этих подходов, чтобы оценить потенциал права и его регулирующее воздействие на социальную реальность? Каков социальный механизм формирования права, кто является его творцом, каковы условия эффективности или неэффективности правовых решений, как оцениваются последствия их действия? Эти и многие иные вопросы формирования и социального действия права, его влияние на социальную среду требуют исполь-

⁵ Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 114.

⁶ Там же.

* Соколова А.А. – кандидат юридических наук, доцент, профессор, декан магистерской школы Европейского гуманитарного университета (г. Вильнюс, Литва).

зования исследовательского подхода, представленного в арсенале социологии права. Комплексное изучение права как многомерного явления требует активизации социолого-правовых исследований, развития социологии права, законодательной социологии, социологии психологии и иных направлений социального знания.

Конструирование социального направления в изучении права связано с обращением к всемирному наследию выдающихся социологов права XIX–XX вв., в том числе к коллекции трудов российских ученых, использование которых было прервано в период советской истории, за годы которой произошло забвение юридической социологии с последующим ее отставанием от успешно развивающихся социологических исследований за рубежом. Разрыв в правовой традиции, нарушение преемственности в социолого-правовых исследованиях привели к доминированию нормативного позитивизма в понимании картины права и его крайнего проявления – узконормативного подхода.

Какие основные проблемы правовой реальности требуют социолого-правового дискурса и какие концепции выдающихся социологов права могут быть востребованы для их более эффективного разрешения? Полагаю, что к таким проблемам, имеющим непосредственное отношение к правовой действительности и эффективности правового воздействия, можно отнести следующие: социальной контекст природы права, причинно-функциональное соотношение права и иных социальных институтов; формирование права, его функционирование; социализация правовых норм, усвоение их общественным правосознанием и практикой, превращение в фактор социальной жизни; прогнозирование экономических, политических, социальных и иных последствий принятия нормативно-правовых актов и социологическое исследование эффективности их реализации.

С позиций социологического подхода акцент в исследованиях переносится на выявление социальной обусловленности права, факторов, определяющих его генезис и развитие, на характеристику социальных функций права, причинно-функциональное соотношение права и иных социальных институтов, иными словами, выяснение социальной природы права. По мнению выдающегося российского ученого Н.С. Тимашева, право как продукт исторического развития входит в состав культуры и обусловлено другими ее эле-

ментами¹. Право во взаимодействии с различными институтами общества (экономикой, политикой, религией, моралью и т. д.) выполняет одновременно активную и пассивную роль: воздействует на них и само испытывает их влияние. Влияние социальных институтов как правообразующих факторов проявляется в формировании права: право проистекает из социального опыта, реагирует на потребности экономической, политической, религиозной, идеологической сфер общества. Теория факторного анализа давно привлекает внимание представителей юриспруденции. Один из основателей социологического направления в российском правоведении С.А. Муромцев утверждал, что право не навязывается обществу извне, а создается его жизнью. Он призывал изучать право «как одно из выражений всей социальной жизни общества, как проявление многочисленных первоначальных и производных социальных факторов», которые управляют возникновением и развитием правовых институтов². Его современник Н.Н. Алексеев отмечал, что «всякое право не может не основываться на некотором социальном или жизненном отношении, составляющем базу, на которой поконится правовая надстройка»³. По мнению теоретика и философа права Б.А. Кистяковского, право должно изучаться во всех своих оригинальных и самобытных чертах. «Особенный интерес ... представляет его зависимость от национальных, бытовых, экономических и других социальных отношений. Во взаимодействии с этими отношениями оно вырабатывается, модифицируется и развивается»⁴. Интересным кажется тот факт, что и представитель юридического позитивизма Г.Ф. Шершеневич обратил внимание на то, что процесс развития права связан с постоянным взаимодействием с нравами, религией, искусством, наукой, материальной культурой, как элементами развития общества в целом. Процесс правообразования происходит под воздействием ряда фактов, все более изменяющих характерные черты первоначального права⁵. Традиция факторного

¹ Timasheff N. An Introduction to the Sociology of Law // The Integration of Law in Culture. Cambridge, 1939. P. 326–330.

² Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 37.

³ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 26.

⁴ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // История политических и правовых учений: Хрестоматия / Под ред. О.Э. Лейста. М., 2000. С. 496.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1–2, М., 1910. URL: <http://weblibrargy.at.ua/load/11-1-0-89>. См.: Соколова А.А. Юридический позитивизм Г.Ф. Шершенича // Ученые записки Национального педагогического университета им. М.П. Драгоманова. Серия: Право. – 2010. – № 1. – С. 10–16.

анализа в законопроектной деятельности привнесена в современную теорию правообразования. Социальные факторы – различные проявления окружающей среды (экономика, политика, религия, идеология, культура) признаются предпосылками процесса формирования права, своеобразными «творческими силами», взаимодействие которых обуславливает зарождение отношения, требующего нормативного урегулирования⁶. Однако выявление, анализ, учет социальных факторов при разработке концепции будущего правового акта не приобрели характер традиции в практике законопроектной деятельности постсоветских государств. Закон по-прежнему не «открывается» из социальной действительности, а «вводится в действие»⁷. И другая сторона исследовательской традиции российских ученых прошлого века привлекает внимание современных социологов права – признание социального контекста формирования права в отличие от иных теоретических подходов, усматривающих источник образования права в государстве, государственной воле, государственной власти. Подобная трактовка, используемая в практике законотворческой деятельности, по-прежнему связывает создание права исключительно с нормотворческой деятельностью государственных структур, из контекста которой «выпадает» социальный компонент. В традиции социологического исследования (Л.И. Петражицкий, Ж. Гурвич) наблюдение явления правового плюрализма – существование в социальном пространстве разных систем норм, конкурирующих с общей правовой системой – официальным правом⁸. В глобальном мире увеличивается количество и значимость негосударственных центров, генерирующих нормы поведения на международном и национальном уровнях: транснациональные корпорации, международные организации, европейские сообщества; предприятия, профсоюзы, политические партии, религиозные организации, общественные объединения. Обычно такие

невича: современное прочтение // Юридический позитивизм и конкуренция теорий права: история и современность (к 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича): материалы VI ежегодной Междунар. науч.-практич. конф. Иваново, 5–8 октября 2012 г. / Отв. ред.: О.В. Кузьмина, Е.Л. Поцелуев. Иваново, 2012, ч. 1. С. 9–24.

⁶ См., например, Соколова А.А. Социальные аспекты правообразования. – Мн., 2003. С. 160.

⁷ Леони Б. Свобода и закон / Бруно Леони; пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева. М., 2008. С. 25.

⁸ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 112.

средства социального регулирования, так называемые деловые обыкновения, складываются в рамках определенных социальных образований при отсутствии законодательно установленных правовых стандартов. С позиции социологии права перспективно заглянуть в будущее функционирования этих норм, изучить самобытность культуры коллективного творчества, выявить механизмы исполнимости норм, их социального действия и эффективности. И попытаться ответить на вопрос, возможно ли ограничить пределы правового воздействия за счет механизма социального саморегулирования, расширения саморазвивающейся нормативной культуры.

Социальная природа права проявляется в воздействии на различные стороны общественной жизни. Социальное моделирование – результат проявления юридического потенциала права (совокупности правовых средств – запретов, дозволений, обязанностей, санкций, типов правовых режимов и т.д.). Функциональный подход к исследованию права в России впервые был предпринят во второй половине XIX века представителями социологического позитивизма. Требование функционального изучения права в контексте историко-культурного исследования нормы как одно из важных положений социологической юриспруденции выдвинул С.А. Муромцев. Юрист должен иметь «верное представление о функции, для выполнения которой норма предназначена»⁹. Другой русский ученый Н.Н. Алексеев, осознавая необходимость в рамках «юридического социологии» постигать общественные функции права, полагал, что их познание «достигается путем уяснения тех конкретных причин, которые породили данные юридические институты, следовательно, путем уяснения связи юридических институтов с реальной жизнью общества, с его потребностями и нуждами»¹⁰. Эволюцию представлений о функциональном назначении права можно продемонстрировать на фрагментах теории функционального анализа российских, европейских и американских социологов права.

Ученик Л.И. Петражицкого Н.С. Тимашев рассматривал социальные функции права, во-первых, с точки зрения индивидов как членов группы; во-вторых, с точки зрения социальных групп, со-

⁹ Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 41.

¹⁰ Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 24–25.

стоящих из определенного числа членов, естественные побуждения которых – быть организованными (собранными) в общество¹¹. Согласно теории свободы (воли), основная функция права – создавать четко ограниченную область для деятельности индивида и защищать эту область посредством установления непреодолимых для нарушителей препятствий. Внутри такой сферы деятельности индивид независим и может свободно проявлять свою волю. Каждая попытка преодолеть препятствие сдерживается правом. С точки зрения социальных групп наиболее важная функция права – установление «порядка»: создание либо усиление «мира», «безопасности», «организации»¹². Функциональный анализ права, предложенный Н.С. Тимашевым, представляет несомненный интерес для современной теории функций права. Во-первых, он обратил внимание на антропологическое измерение функции права – охранять и ограничивать интересы человека. Во-вторых, продемонстрировал социальную миссию права в обеспечении мира, безопасности, защиты ценностей общества и тем самым определил гуманистический потенциал права.

Социологический подход к анализу функций права использовался в работах американского социолога Т. Парсонса. Содержание функции права Т. Парсонс усматривает в достижении порядка в обществе, сокращении количества возможных конфликтов, лучшем функционировании механизма общественных контактов¹³. Основной функциональной проблемой он считал проблему социальной интеграции, главное условие достижения которой – интернализация индивидами единых для общества ценностей и норм. Особое внимание уделил интегративной функции права, цель которой – обеспечение стабилизации и развития социальной системы.

В работах известного немецкого ученого, представителя системно-функционального подхода в социологии и юриспруденции, автора аутопойетической теории права Никласа Лумана предложены оригинальные рассуждения относительно системы общества и функций права. Для совершенствования теории формирования

¹¹ Timasheff N. An Introduction to the Sociology of Law // The Integration of Law in Culture. Cambridge, 1939. P. 330.

¹² Ibid. P. 334–337.

¹³ Parsons T. The Law and Social Control // Law and Sociology / Ed. by W. Evan. 1962. P. 58.

права оригинально звучит его суждение: моделирование правовых ситуаций ориентируется не на разрешение конкретных конфликтов, а предвосхищение их появления посредством генерализации и стабилизации ожиданий. Право устремляется к обеспечению ожиданий («стабилизация ожиданий»), с одной стороны; моделируется поведение посредством использования правового механизма санкционирования, с другой («управление поведением»)¹⁴.

Государство обеспечивает позитивацию норм права, однако введение их в юридическое действие не завершает процесс формирования права. Регулятивный потенциал права может проявиться только в плоскости его социального действия: внедрения в сферу социальной практики, адаптации к реальным условиям, воздействия на социальную среду, превращения в элемент правовой культуры общества. На эту сторону процесса образования права, «приложения» правовых предписаний к жизни, к миру реальных фактов и отношений обратил внимание известный русский правоед XIX в. М. Капустин. Он писал: «Без приложения право как сила не существует: оно сознается и формулируется для того, чтобы прилагаться к жизни, охранять ее. Приложение права есть последняя ступень его образования. До этого момента право не имеет еще прямого бытия; только в соприкосновении с жизнью оказывается, насколько его сознание и формулирование соответствует фактическим и нравственным требованиям общества»¹⁵. До тех пор, пока правовые предписания не станут элементами образа жизни общества, частью его сознания и бытия, нет оснований говорить о них как о действующем праве. Правовые предписания трансформируются в фактор общественной жизни в виде реальных актов правового общения, вызывая в социальной среде соответствующие изменения. Анализ процесса перевода абстрактных правил в правомерное (неправомерное) поведение связан с выявлением механизма их социального действия, проявляющегося в поведении личности – своеобразного «агента» социализации. Юридические нормы оказывают воздействие на сознание личности, определяют мотивы ее поведения и сами действия, осуществление ко-

¹⁴ См.: Посконина О. В. Никлас Луман о политической и юридической подсистемах общества. Ижевск, 1997. С. 82.

¹⁵ Капустин М. Теория права (юридическая доктрина). В 2 т. Т. I. М., 1868. С. 114, 115.

торых может вызвать изменения в экономической, социальной, политической, экологической сферах. Исследование поведения «агента» социализации правовых норм, социальных изменений, вызванных установлением нового правового порядка, позволит оценить эффективность правовых норм и инициировать процесс их совершенствования. «Механизм преломления законодательства в социальные представления и господствующие практики ... должен стать объектом пристального внимания социологии права, если она претендует на то, чтобы стать основой практической юриспруденции»¹⁶.

Практический поворот в социологии права направлен на исследование проблем, связанных с преодолением разрыва между идеальным (теоретически сконструированным) и реальным (фактическим) функционированием правовой системы. Разрешение этих проблем возможно в русле продолжения исследовательских традиций выдающихся социологов права на основе интеграции теоретико-правовых и социолого-правовых исследований в определении пределов и социального механизма действия права; измерении его социальной эффективности; анализе и оценке деятельности правоприменительных структур, участвующих в окончательном формировании «дизайна» права.

*О.М. Мещерякова**

ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И НАЦИОНАЛЬНО-КУЛЬТУРНАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ

На сегодняшний день совершенно очевидно, что одним из основных следствий глобализации является развитие интеграционных процессов, которые невозможны без создания определенных элементов наднациональности.

¹⁶ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб., 2012. С. 640.

* Мещерякова О.М. – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права РУДН.

Поэтому в современном информационном постиндустриальном мире особое значение приобретает вопрос о национально-культурной идентичности.

Такая постановка вопроса отнюдь не случайна, т.к. развитие современных интеграционных процессов показало, что вопрос о национальной идентичности неизбежно возникает по мере углубления интеграции.

Таким образом, вопрос о национально-культурной идентичности и ее месте в современном глобализирующемся мире целесообразно рассмотреть применительно к такой новой отрасли современного международного права как интеграционное право.

Если обратиться к европейскому интеграционному процессу, то становится очевидным, что по мере становления наднационального уровня принятия решений шел процесс осознания того, что «право на различие»¹, т.е. на сохранение национально-культурной идентичности, является основой для успешного развития интеграции.

Так, в учредительных договорах Европейского Союза «прописана» не только структура институциональной системы Союза и функции его институтов (Раздел 3 «Положения об институтах» Договора о Европейском Союзе; Раздел 1 части 6 Договора о функционировании Европейского Союза), но и положения об уважении «национальной индивидуальности государств-членов»:

«Союз соблюдает равенство государств перед Договорами, уважает национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам. Союз уважает основные функции государства, особенно те, которые направлены на обеспечение его территориальной целостности, на поддержание общественного порядка и на охрану национальной безопасности»².

Следует подчеркнуть, что европейский интеграционный процесс на начальном этапе своего развития вдохновлялся в известной мере «утопическими» идеями интегрального федерализма, осно-

¹ См.: Мещерякова О.М. Суверенитет государств – членов интеграционного сообщества и проблема «фрагментации» в развитии интеграционных процессов // Вопросы правоведения. М., 2012. № 4. С. 23–35.

² Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора / Отв. ред. С.Ю. Кашкин. М., 2011. С. 172.

ванными на концепции так называемого «общеевропейского» суверенитета и «общеевропейской» идентичности.

Одним из выдающихся представителей этого направления был Дени де Ружмон, который в своем основном труде «Будущее и наше дело» указывал на то, что «Европа государств» – это противоречие в терминах³. Согласно Д. де Ружмону, альтернативой национальному государству является федерация европейских народов, в которой основное значение имеет деление на регионы.

Излагая свое понимание региона, Д. де Ружмон писал, что география здесь не играет особой роли. Важнее этнических и расовых различий ему представлялось единство культуры, нравов, стереотипов, языка, социальных структур.

Таким образом, для Д. де Ружмона главным фактором деления на регионы являлась не этническая общность, а участие в гражданской жизни и автономном самоуправлении.

Концепция интегрального федерализма была направлена на преодоление национального государства по двум направлениям: сверху – при помощи наднациональных структур, и снизу – при помощи европейских регионов.

Однако, дальнейшая практика интеграционного строительства внесла свои корректизы: как показало дальнейшее развитие европейского интеграционного процесса, отрыв Европейского Союза от международно-правовой основы вряд ли состоится⁴.

Другой представитель интегрального федерализма, и одновременно активный участник европейского движения «Сопротивления» – А. Спинелли, по его собственному выражению, посвятил жизнь идеи европейского объединения и борьбе с «идолом национальных государств»⁵.

А. Спинелли считал, что «национальное государство существует для войны», и предлагал даже создать Европейский народный конгресс, направленный против самой законности существования национальных государств⁶.

Таким образом, начало европейского интеграционного процесса характеризовалось преобладанием федералистских идей. Но

³ Rougemont D. de. L' avenir est notre affaire. Paris., 1978.

⁴ См.: Мещерякова О.М. Наднациональность в праве Европейского Союза и проблема суверенитета / Дис. ... докт. юр. наук. М., 2010. С. 352.

⁵ Spinelli A. Come ho tentato di diventare saggio. Bologna, 1984. P. 32.

⁶ Ibid. P. 44.

на пути практического осуществления идеи европейского единства возникли значительные разногласия, и связаны они, в первую очередь, со стремлением государств-участников интеграционного процесса сохранить свою национальную идентичность.

Опыт европейской интеграции показал, что теория интеграции не может являться концептуальной основой политических решений, так как главы государств руководствуются, в первую очередь, интересами своих стран, а не теоретическими схемами сторонников интегрального федерализма.

Поэтому наиболее пристального внимания заслуживает так называемая «голлистская» концепция «Европы отечеств» или «Европы наций».

Эта концепция стала одним из первых проявлений борьбы за европейскую идентичность в период после Второй мировой войны, когда были сильны интегралистские устремления, подпитывающиеся ружмоновским тезисом о том, что государства-нации существуют для войны, как по своему происхождению, так и на каждом этапе своего развития⁷.

Тем не менее, диалектика интеграции состоит в том, что отказ от части национальных полномочий не ослабляет, а напротив, усиливает национальные государства, расширяет поле национальных интересов, дает национальным государствам дополнительные возможности. Однако интеграция не должна касаться национально-культурных различий.

Именно в таком ключе рассматривал европейскую интеграцию Шарль де Голль. Он с известной долей иронии относился к представителям федералистского направления в европейском интеграционном процессе и представлял себе европейское единство как «союз европейских народов, объединенных в национальные государства», а не как апатридное образование («Construktion apatride»), в котором «исчезнут наши народы, государства и законы»⁸.

Таким образом, хотя выдвинутая де Голлем концепция европейского объединения, известная как концепция «Европы отечеств», появилась вскоре после Второй мировой войны, подлинное понимание и признание ее пришло гораздо позже – только в конце

⁷ См.: Rougemont D. de L' avenir est notre affaire. Paris, 1978. P. 123.

⁸ См.: Balme R. Les politiques du neoregionalisme: action collective regionale globalisation. Paris, 1996. P. 18.

XX – начале XXI века, когда практические шаги, предпринятые Европой в направлении углубления интеграции, привели к длительным дискуссиям по вопросу разделения компетенций между институтами Европейского Союза и государствами-членами, что само по себе является проявлением все той же проблемы национально-культурной идентичности.

Подводя итог, следует подчеркнуть, что европейский интеграционный процесс прошел путь от всевозможных теорий интегрального федерализма до закрепления в учредительных договорах Европейского Союза принципа национальной идентичности.

Следовательно, европейская интеграция показала, что национальная идентичность – это национально-правовая традиция, которой интеграция не должна касаться.

*Д.А. Вовк**

ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ, ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА, ПРАВОВАЯ СИСТЕМА: ПОДХОДЫ К СООТНОШЕНИЮ КАТЕГОРИЙ

Правовая традиция является одной из наиболее сложных для понимания юридических категорий. Вопреки значительной распространенности в литературе представления о содержательном наполнении правовой традиции, формах ее проявления, соотношение с другими правовыми явлениями остается, на наш взгляд, довольно фрагментарным. Достаточно вспомнить, что работы, непосредственно посвященные анализу данной проблемы (можно назвать работы Ю.Н. Оборотова, Ю.П. Лободы, Г. Гленна, К.В. Арановского и др.), содержат весьма отличные друг от друга трактовки природы правовой традиции и ее роли в правовой системе. В какой-то мере это можно оправдать многогранностью и полиструктурностью самой правовой традиции. Однако, думается, что подобная ситуация обусловлена также и методологической неупо-

* **Вовк Д.А.** – кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого».

рядоченностью исследований в данной сфере, прежде всего обусловленной недостаточной корректностью понимания свойств любых общественных (в частности, и правовых) традиций.

В то же время не вызывает сомнения, что правовая традиция занимает центральное место в характеристике права как цивилизационного явления и элемента культуры любого социума. В частности, именно через категорию «традиция» можно исследовать влияние трех, очевидно, главных факторов развития права стран Европы – христианства, греческой философии и римского частного права. Все это предопределяет необходимость дальнейшего осмысливания правовой традиции, что и составляет цель настоящей статьи.

Как уже отмечалось, имеющиеся в литературе подходы к пониманию правовой традиции являются весьма разнородными. Ю.Н. Оборотов полагает, что правовая традиция представляет собой связь времен, правовое наследование¹. Ю.П. Лобода понимает правовую традицию как закономерности развития сферы правового бытия общества и одновременно принцип, идею и тенденцию развития правовой составляющей социальной организации². Г. Гленн отождествляет правовую традицию с правовой системой, рассмотренной в ее историческом развитии. Понять традицию, по его мнению, – это как просмотреть фильм, тогда как понять современную правовую систему означает увидеть кадр этого фильма³. Приведенные подходы демонстрируют, во-первых, достаточную сложность теоретического определения правовой традиции как правового феномена, большую абстрактность, схематичность и даже метафоричность попыток предложить такое определение (выражения «связь времен», «идея», «принцип», «культура», примененные к описанию правовых явлений, оставляют значительное пространство для их интерпретации), а во-вторых, доказывают, что правовая традиция не осознается как определенная сущность (именно с этим связаны постоянные и, по нашему мнению, непродуктивные поиски понятия, которое бы определяло суть правовой традиции, что чаще всего

¹ Оборотов Ю.М. Традиції і новації у правовому розвитку: Монографія. Одеса, 2001. С. 61.

² Лобода Ю.П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). Львів, 2009. С. 87.

³ Glenn H.P. Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions // McGill L.J. Vol. 50. 2005. P. 873.

оканчивается выработкой очередной метафоры типа «связь времен» или «правовая память»), ее осмысление может быть существенным, только когда осуществляется через анализ источников конкретной традиции (например, разных компонентов христианской религии как источника христианской правовой традиции) и роли такой традиции в правовой системе или ее элементах.

Правовой системе, как и каждой социальной системе, присуща историчность. Историчность права означает не просто наличие правового прошлого, на которое опирается право сегодняшнее или через которое мы можем лучше понять современный этап бытия права. А. Турен по этому поводу пишет, что историчность – это не совокупность ценностей, укорененных непосредственно в центре общества; она возникает как совокупность инструментов, культурных ориентаций (этот перечень механизмов исторического влияния можно продолжить – мифы, вера, идеи, концепты и т.п.), с помощью которых сформировались формы социальной практики⁴, в том числе и право. Правовая система как система открытая (то есть взаимодействующая с окружением и обменивающаяся с ним информацией) и реактивная (то есть функционирующая преимущественно под влиянием внешних факторов)⁵ обуславливает, что эти механизмы по своему происхождению имеют как внутриправовое (например, традиционное значение источников права, их взаимное соотношение), так и, в первую очередь, внеправовое происхождение (религия, мораль, политика, экономика и т.п.). Они (механизмы) постоянно создают современное право, определяют его содержание и будущее. Э. Фромм, описывая связи человека с его прошлым, указывал, что «мы являемся прошлым и можем сказать: «Я – это то, чем я был»⁶. Такое видение можно экстраполировать и на право, как продукт человеческих отношений. Правовая система встроена в свою историю и историю общества в целом. Это не означает, что вектор правового развития, когда-то заданный, остается постоянным и неизменным, не предопределяет жесткой детерминированно-

⁴ Турен А. Повернення дієвця // Пер. з фр. О. Гуджен, О. Полемченко, Т. Шваб. Київ, 2003. С. 19.

⁵ Прангшивили И.В. Системный подход и общесистемные закономерности. М., 2000. С. 53–54.

⁶ Фромм Е. Мати чи бути // Пер. з англ. О. Михайлової та А. Буряка. Київ, 2010. С. 140.

сти права историческим прошлым, навсегда зафиксированными ми-
ровоззренческими или культурными доминантами социума, но по-
зволяет констатировать, что право живет и прогрессирует в своей
истории, опирается на опыт прошлых поколений (или понимание
этого опыта), поддерживая, трансформируя, отрицая его.

Историчность правовой системы, которая охватывает и мир
правовых идей, и мир материального бытия права, на более кон-
кретном уровне проявляется в виде правовых традиций, которые в
материальном аспекте предопределяют особенности существова-
ния какого-то правового явления или правовой системы в целом, а
в идеальном – определяют особенности познания и понимание пра-
ва, в частности, и его ценности для каждого конкретного общества
или цивилизации. Иначе говоря, правовая традиция – это понятие,
которое характеризует специфичность идеального и материального
бытия права в контексте представления о его историческом разви-
тии либо историческом развитии явлений, влияющих на право.
Подчеркнем: традиция – это не сами правовые явления, а катего-
рия, которая объясняет их своеобразность, особенность в контексте
истории их возникновения и развития. Исследование правовых
традиций дает возможность увидеть, почему в обществе или группе
обществ, объединенных в цивилизацию, сформировался именно
такой образ права, такое общественное значение права, такая пра-
вовая система. Тем самым правовые традиции отображают дина-
мику исторического бытия правовой системы, формирование и
реализацию правовых норм, познание права субъектом права, во-
площение правовых предписаний в правовом поведении и т.п.

Приведенное выше видение правовой традиции позволяет раз-
граничить правовую традицию и правовую культуру. Культура, как
отмечал Й. Хейзинга, является абстракцией, предоставленной для
обозначения исторической действительности⁷, то есть, в нашем слу-
чае, определенного уровня развития правовой системы. В этом
смысле правовая традиция и правовая культура являются близкими
категориями, отражающими современное состояние правовой сис-
темы как итог постепенного накопления правового опыта в общест-

⁷ Хейзинга Й. Тени завтрашнего дня. Человек и культура. Затемненный мир: Эссе / Сост., пер. с нидерл. и предисл. Д. Сильвестрова; comment. Д. Харитоновича. СПб., 2010. С. 215.

ве. Но если культура показывает само это состояние развития, то традиция дает представление о путях и источниках формирования этого состояния. Другими словами, если культура отвечает на вопрос «что?» (правовая система в своем особом способе существования), то правовая традиция отвечает на вопрос «как?» или «почему?» этот способ существования именно таков. Схожую мысль высказывает российский культуролог и этнограф К.В. Чистов, который отмечает, что термины «культура» и «традиция» в определенном теоретическом аспекте синонимичны или почти синонимичны. Термин «культура» выражает сам феномен, а «традиция» – механизм его формирования, трансмиссии и функционирования⁸.

Здесь, однако, нужно учитывать определенный нюанс. Правовая культура в нашем понимании является «всем положительным, что создано человечеством в правовой сфере»⁹. Позитивность в данном случае означает, что правовая культура не охватывает юридические явления антиправового характера (деформации правосознания, противоправное поведение, неправовые законы и т.п.). Мы осознаем, что приведенное понимание культуры является достаточно консервативным и часто критикуемым современными философами и культурологами. Действительно, ситуация постмодерна, которая размыла и релятивизировала критерии этического или эстетичного, обуславливает отказ от любых оценок (и соответственно выделение положительных и «неположительных», отрицательных явлений) при определении культуры. Такое видение в определенной мере тоже является традицией и в модернизованным виде возвращает нас к более давнему восприятию культуры как преобразованной природы. В искусстве данный подход вполне возможно допустим и оправдан (вспомним инсталляции Д. Херста, которые нивелируют любые представления об эстетике). Он не только не разрушает само искусство, адвигает его вперед, открывая для художников и зрителей новые горизонты. Однако думается, что мир искусства и деонтологический мир права все же развиваются по разным законам. Стирание границ между правомерным

⁸ Чистов К.В. Фольклор, текст, традиция: Сб. ст. М., 2005. С. 106.

⁹ Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні: монографія / Л.М. Герасіна, О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань та ін. Харків, 2009. С. 11.

и противоправным (а именно это вытекает из безоценочного восприятия правовой культуры) будет иметь следствием разрыв права как нормативного регулятора со своим моральным основанием – справедливостью и его окончательную этическую релятивизацию («отравляющую бактерию современного права» по словам П. Сорокина). При отсутствии этического или этико-религиозного основания право, которое, за некоторыми исключениями, не имеет собственной, внemоральной ценности (даже правовая процедура может быть оценена на предмет ее справедливости) или исчезнет как общественный феномен (как в Древнем Риме), или трансформируется в государственный произвол (если нет критериев оценки, то любое самое бессмысленное или жестокое государственное предписание является такой же правовой нормой, как и основополагающее право человека). Соответственно этический критерий является обязательным условием бытия права. Правовыми явлениями общества, которые вместе образовывают правовую культуру, являются те, которые соответствуют этому критерию, явления же, которые противоречат последнему, не имеют правового (в смысле правового, справедливого) характера и не составляют правовую (в смысле относящуюся к праву) культуру. Эти явления могут быть обозначены как антиправовая культура или контркультура в сфере правового регулирования.

Правовая же традиция, как функциональная категория, выражающая специфичность бытия правовой системы, может быть причиной и объяснением существования также и дефектов в праве, отрицательных свойств, явлений и тенденций в правовом развитии (например, правового нигилизма). Этим, в частности, обусловлена разная эмоциональная окраска использования понятий «традиция», «традиционное». Английский критик и поэт Т. Эллиот в известном эссе «Традиция и индивидуальный талант» констатировал, что ссылка на традиционность определенного произведения может использоваться и для того, чтобы поощрить автора этого произведения, и для того, чтобы его унизить¹⁰. Мысль ряда авторов о том, что традиционным становится только то, что объективно

¹⁰ Эллиот Т.С. Традиция и индивидуальный талант / Зарубежная эстетика и теория литературы XIX–XX вв.: Трактаты, статьи, эссе / Сост., общ. ред. и вступ. ст. Г.К. Косикова. М., 1987. С. 169.

работает на эффективность общества¹¹, представляется недостаточно убедительной. Например, многим постсоветским странам свойственен высокий уровень правового нигилизма, что вместе с другими факторами является результатом традиционно внешне лояльного и внутренне оппозиционного отношения к публичной власти и ее юридическим решениям со стороны граждан этих стран. При этом данная традиция имеет как политический характер и обусловлена развитием отношений «человек – государство» в досоветский и советский периоды, так и религиозный (условно «русско-православный», если речь идет об Украине, России, Беларуси) оттенок, вызванный фактически безоценочным, безусловно одобрительным отношением к государству, культивируемым (особенно на уровне практики деятельности) соответствующими православными церквями.

Через исследование правовых традиций и правовой культуры достигается понимание реального влияния права на жизнь социума, развитости правового регулятора не только на уровне системы положительного права или академических теорий и учений, но и в виде соответствующих моделей правового поведения, укоренившихся в сознании индивидов и различных сообществ. Правовая культура и правовые традиции, которые «сопровождают» культуру, в первую очередь, отображают действие, «практику» правового регулятора, его генезис и жизнь как проявления человеческой активности, формы человеческих отношений. Как писал М.К. Мамардашвили, культура как таковая – это способность практиковать сложность и разнообразие жизни; именно практика, а не знание является основным для понимания культуры¹².

Подводя итог, отметим, что в пределах этой статьи нами, безусловно, не охвачена вся проблематика исследования правовой традиции (в частности, без нашего внимания остались вопросы структуры правовой традиции, ее проявлений, соотношение с преемственностью в праве и т.п.). Все эти вопросы могут быть предметом дальнейших научных поисков, в том числе с использованием приведенного выше понимания правовой традиции.

¹¹ Бондырева С.К., Колесов Д.В. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества: Учеб. пособ. Воронеж, 2004. С. 15.

¹² Мамардашвили М.К. Сознание и цивилизации. СПб., 2011. С. 29.

*А.М. Михайлов**

ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ И ПРАВОВАЯ ИДЕОЛОГИЯ

1. Исследование традиционной и идеологической форм в сфере права имеет существенное значение для прояснения механизма преемственности и формирования инноваций в правовых системах. Если со времен первой научной революции юридическая наука ставит своей целью выявление закономерностей права как социального явления, то очевидно, что определение структурных и динамических необходимых связей правовой действительности не может быть полноценно проведено без изучения механизмов традиционализации и идеологизации права. Такое исследование, в свою очередь, требует формирования понятий традиции и идеологии в сфере права.

2. «Традиция в праве, – указывает *А.П. Рожнов*, – характеризуется такими признаками, как устойчивость, неизменность, стабильность, повторяемость и характерность. Правовая традиция есть закономерность развития права, определяемая особенностями его национально-исторического развития и проявляющаяся в отчетливо выраженной стабильности, повторяемости и преемственности правового менталитета, источников права, правовых институтов и процедур деятельности»¹. По верному замечанию *И.Ю. Козлихина*, традиция предполагает ту или иную иерархию ценностей, способы аргументации, последовательность и логику рассуждений, и поэтому она неизбежно ограничивает исследователя².

На наш взгляд, характерные и неизменно присутствующие черты правовой традиции, ее устойчивость, стабильность определяются, прежде всего, структурами юридической доктрины и правовой идеологии. В любой отдифференцированной правовой системе

* **Михайлов А.М.** – кандидат юридических наук, младший научный сотрудник Института государства и права РАН, Сектор истории государства, права и политических учений.

¹ *Рожнов А.П.* Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Вып. 4. Волгоград, 2001. С. 29.

² См.: *Козлихин И.Ю.* Современная политическая наука. СПб., 1999. С. 24.

значимое, а в некоторых видах деятельности центральное, место занимает сообщество юристов. Единство профессионального правосознания юристов, его институционализация, профессиональные виды деятельности закладываются одновременно с образованием юридической догматики, эффективная трансляция и закрепление структур которой предполагает формирование соответствующей правовой идеологии. Формируемые правовой идеологией ценностно-целевые структуры задают рамки восприятия юридических институтов и видов юридической деятельности со стороны общественного сознания. В свою очередь ценностно-целевые «рамки» способны задавать поиск адекватных юридических средств для разрешения социальных ситуаций, что является центральной задачей доктрины права.

3. Значимой для исследования процесса становления правовой традиции является типология правовых культур, представленная И.Д. Невважай. На основе подхода, предложенного представителями Тартуской школы семиотики Ю.М. Лотманом и Б.А. Успенским, ученый выделяет два типа правовой культуры – *культуры выражения*, направленные на выражение объективно данного содержания, и *культуры правил*, которые определяются отношением к знаку как к чему-то условному и произвольному по отношению к референту, существующему в действительности, нацеленные не на выражение готового содержания, а на определение еще не данного содержания³.

Вплоть до эпохи Нового времени в профессиональном сознании юристов господствовала культура выражения, что предопределило формирование ныне существующих правовых традиций. Многие поколения юристов эпохи античности и Западного средневековья исходили из представления о том, что подлинное право объективно содержится в устройстве человека и общества, его нельзя «создать» человеческим волеизъявлением и произвольно установить, полагаясь исключительно на суверенитет публичной власти. Юристы «университетской традиции» на европейском континенте не рассматривали право как человеческое установление и не считали, что могут по своей воле восполнить «писанный разум». Они ис-

³ См.: Невважай И.Д. Типы правовой культуры и формы правосознания // Правоведение. 2000. № 2. С. 23–31.

кренне верили, что на основе логического анализа текста можно «вывести» общие максимы права, которые станут универсальным основанием для разрешения любого дела. Английские юристы на протяжении многих столетий различали объективно существующее содержание права и его прецедентную форму изложения, а в основе традиционной техники «аргументации от прецедента к прецеденту» лежало восприятие *common law* как объективной данности. Именно убеждение как романо-германских, так и англо-американских юристов в объективности права сформировало достаточные условия для формирования права как социального института, устойчивой корпоративной традиции.

4. Под идеологией понимается коллективно вырабатываемая ценностно-смысловая «сетка», помещенная между индивидом и миром, и опосредующая его отношение к миру. В семиологии Р. Барта, развивающей марксистское понимание идеологии, ее аспектами выступают *принципиальная неполнота* (поскольку она всегда выражает интересы отдельной группы), *«империализм»* и *претензия на универсальность* (стремление к глобальной трактовке и охвату действительности), *агрессивность* (идеологии, на которые разделен культурный мир, находятся в состоянии непрекращающегося противоборства, причем речь идет вовсе не о платоновской борьбе за истинное «знание» против превратных «мнений», но о ницшеанской войне между различными «мнениями»-идеологиями за господство: отношения, связывающие все множество идеологических систем – это «отношения силы»), *принудительный характер*, который стремится подавить личностное сознание и отчуждает ответственность индивида, *«натурализующая» функция* (ни одна идеология не признает себя в качестве таковой, т.е. в качестве продукта культуры, обусловленного обществом и его историей; напротив, любая идеология воспринимает себя как явление «природы», т.е. как нечто «естественное», «само собой разумеющееся»); *стереотипность* (идеология пытается упразднить всякое непосредственное видение мира, его творческое «открытие» в актах индивидуального опыта, предлагая взамен рутинное «узнавание» готового клише, топосов, набором которых одна идеология как раз и отличается от другой), *иммобилизм* (стремление к созданию «устойчивого», раз и навсегда данного образа мира, вырабатывая для этого нормы, правила и схе-

мы, под которые подгоняется подвижная, бесконечно изменчивая жизнь)⁴.

Когнитивными «механизмами» формирования идеологии выступает естественно присущие человеку потребности, интересы и способность к абстрагированию. Только через отвлечение от конкретно-исторических условий, достигается уровень «всеобщего» или идеи. Способность правовой идеи выступать «локомотивом» правового развития основывается на ее «эмансипации» от породившего ее социокультурного контекста. Посредством психической способности к достраиванию полной «картины мира» (гештальт), изначально фрагментарные и в определенной степени связанные с реальной действительностью представления выстраиваются в целостное образование. Поэтому любая идеология сочетает в себе органическую связь с социально обусловленным интересом (и потому неполноту) с претензией на универсальный характер.

Субстанционально правовая идеология может быть определена как вырабатываемая правовой доктриной целостная система базовых юридических идей, ценностей, концепций, выступающих основой онтологизации и легитимации права в общественном и профессиональном сознании. Поэтому правовую идеологию можно рассматривать как фундамент, формирующий профессиональную идентичность юристов, способный структурировать доктринальное и профессиональное правосознание и консолидировать юридический корпус национальной правовой системы. Правовая идеология задает основания смыслов доктринального и профессионального правосознания, правовой идеал, соответствующие ему правовые ценности, через которые формируется образ желаемого права и оценивается право положительное. Она «скрепляет» право как социальный институт, придает ему ценностное основание и смысловые координаты дальнейшего развития⁵.

⁴ См.: Косиков Г.К. Идеология. Коннотация. Текст (по поводу книги Р. Барта «S/Z») // Барт Р. / Пер. Г.К. Косикова и В.П. Мурат. Общая редакция, вступит. статья Г.К. Косикова. М., 2002. С. 9–10.

⁵ Ср.: «Сориентировать определенным стандартным образом сознание людей, систематически подкреплять эту ориентацию сознания и снабжать его определенным образом пережеванной пищей, – в этом и состоит прямая обязанность идеологии», – справедливо указывал А.А. Зиновьев. *Зиновьев А.А. Коммунизм как реальность. URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/History/zinov/05.php.*

Основой правовой идеологии выступают правовые идеи, воспринимающиеся профессиональным юридическим сообществом в качестве первичных, не подлежащих обоснованию, и всеобщих начал, и потому способными интегрировать на основе правовых аксиом и общих принципов права систему норм права и ее отдельные компоненты – институты и отрасли. Всеобщность правовых идей выражается в максимальной степени их абстрактности, в охвате различных нормативных массивов, в продуцировании различных нормативных образований и форм их реализации в социальной действительности.

Эмерджентность правовой идеологии как системы выражается в том, что ни одна правовая идея, входящая в ее состав, не в состоянии отдельно от структуры вызывать те юридические и социальные последствия, какие может порождать единая правовая идеология. Внутренняя систематизация правовых идей, ценностей, аксиом, принципов определяется функциональным предназначением идеологической формы, ее направленностью на социального адресата. В силу системной организации идеологии любая правовая идеология представляется ее создателями и реципиентами в качестве относительно автономного образования, способного самостоятельно регулировать социальную действительность, что фактически может иметь место в транзитные периоды политогенеза.

5. В юридических исследованиях раскрытие содержания правовой традиции и правовой идеологии обычно осуществляется через определение их состава. Вместе с тем допустимо выдвинуть гипотезу, что любое содержание может быть идеологизировано или может стать частью традиции. Поэтому эвристически ценно рассмотреть и правовую идеологию, и правовую традицию как функции, видеть их сущность не через их состав, а через осуществляемое воздействие в рамках метасистемы.

Здесь одной из важнейших функций является функция оестествления, т.е. представление определенных идей, правил или отношений как соответствующих «природе вещей», самоочевидных, не нуждающихся в обосновании. К примеру, для школы естественного права естествен разум и все идеи, принципы, нормы, представляющиеся рациональными, природа человека видится инвариантной в историческом и культурном отношениях; для исторической школы права естествен самобытный дух народа, его ор-

ганическое вызревание и манифестация в формах права в виде обычая, доктрины, кодекса; для социологического направления понимания права естественна социальная природа права, его формирование из социальных отношений. Тем самым юснатурализм исключает из права все иррациональные элементы; историческая школа не способна видеть сконструированное и всеобщее в праве, а социологическое направление не способно проблематизировать правовой характер правил и отношений «живого права».

И правовая традиция, и правовая идеология принимают значимое участие в правовой социализации индивида – на основе определенных идей, ценностей, стереотипов формируют у субъекта отношение к тем или иным явлениям правовой действительности.

И правовая идеология, и правовая традиция осуществляют мировоззренческую функцию, формируют «картину мира» юриста, внедряя в сознание определенные интерпретации событий. В традиционной и идеологической «картине мира» всегда присутствуют «мы» и «они», т.е. обратной стороной сплочения сознания носителей той или иной традиции или идеологии, является граница между «своими», т.е. носителями определенного типа сознания, и «чужими». Через данные функции можно также обозначить такие общие черты правовой традиции и правовой идеологии, как стандартизация, иммобилизм и репрессивность.

6. Помимо функциональных характеристик можно выделить и иные общие черты у правовой традиции и правовой идеологии. Во-первых, они не поддаются непосредственному наблюдению, не являются частью феноменальности, внеположной сознанию, а могут быть познаны лишь через формы объективации – знаки и действия, т.е. формами их выражения выступает как знаковая реальность, так и деятельность.

Во-вторых, являясь результатом деятельности людей, и правовая традиция, и правовая идеология скрывают свой источник происхождения, конкретно-исторические условия и факторы, вызвавшие их к жизни, а также механизм своего воздействия на сознание адресата. Они суть искусственно-естественные образования: будучи результатом деятельности отдельных людей, продуктом целесообразных волевых действий человека, со временем они оестествляются, становятся частью социальных институтов и

воспринимаются как неотъемлемая часть объективной реальности, не зависящей от сознания и воли отдельных людей. Более того, для эффективности своего действия как правовая традиция, так и правовая идеология должны утверждать свою естественность – непроизвольность, укорененность в «природе вещей». Иными словами, они рассматривают себя как естественные образования, не сконструированные индивидуальным или групповым произволом.

Третьей значимой общей чертой правовой традиции и правовой идеологии выступает то, что их воспроизведение носит иррациональный характер. В основе воспроизведения правовой традиции и правовой идеологии лежит потребность каждого человека принадлежать к тому или иному социальному институту, что обеспечивается неосмысленным копированием образцов поведения и ценностного отношения к тем или иным социальным феноменам.

Очевидно также, что как правовая традиция, так и правовая идеология имеют свои догматы – идеи, ценности, по отношению к которым их носитель относится нерефлексивно, принимая их на веру. Рациональный дискурс не способен прорваться сквозь «железный занавес», незримо для его носителя воздвигнутый иррациональным, ценностно укорененным убеждением – традиционные и идеологические формы пред-рассудочны, они формируют «предварительное мышление» или «естественную установку», полностью освободиться от которой невозможно.

7. По отношению к действующей правовой традиции идеологическая форма может выполнять либо легитимирующую, либо делегитимирующую функции: согласные с базовыми идеями «элементы» традиции сакрализуются в идеологическом сознании (апологетика существующего), противоречащие основаниям идеологии «элементы» традиции признаются либо несущественными, либо неразумными, неправильными и достойными искоренения и/или табуирования (протест против существующего)⁶.

⁶ Ср.: «...идеология» скрывает реальность – либо приукрашивая, с тем, чтобы сохранить и защитить ее, либо исказяя, с тем чтобы подвергнуть ее нападению, разрушить и заменить другой». Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сб. переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 144.

Делегитимирующая правовую традицию «протестная» идеология, движимая, как правило, харизмой, провозглашает, что прошлое более не существует, а история начинается «здесь и сейчас» «с чистого листа». «Протестная», утопичная идеология, харизматически видящая будущее, всегда постулирует неизбежность «развертывания» и окончательной «победы» собственных идей в будущем: перед сознанием адресата развертывается всемирная панорама движения идей к утверждаемому идеологической системой идеалу, а субъект должен принять такое видение истории, поскольку оно объективно, не зависит от чьей-либо воли и принципиально «иного не дано».

Легитимирующая традицию идеология, напротив, утверждает, что история существует с «незапамятных времен» и укоренена в некоем трансцендентном начале, придающем высший смысл любому традиционному феномену.

*И.А. Иванников **

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ И ПРАВОВОЕ СОЗНАНИЕ

Выясняя, что представляет собой правовая традиция, мы расширяем свое познание о традиции вообще. Правовые традиции имеют свою историю. Изменилась ли их роль в обществе и отношение общества к правовым традициям? Изменилось ли само понимание правовых традиций как социальных регуляторов? Если отдельные традиции стали типичными в жизни народа, то необходимо ли их учитывать в правотворческой деятельности? Вот круг вопросов, которые возникают при ответе на вопрос о связи правовых традиций и правового сознания.

В.И. Даль писал, что традиция – это «преданье, все, что устно перешло от одного поколения на другое»¹. У него же можно про-

* **Иванников И.А.** – доктор юридических наук, доктор политических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Южного федерального университета

¹ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В четырех томах. Т. 4. М., 1999. С. 425.

честь, что «преданье, рассказ, повествование, память о событии, перешедшее устно от предков к потомкам; поученье, наставления, правила житейские, переданные одним поколением другому; поверье, заповедь, завет»².

В словаре доктора филологических наук, профессора А.Н. Булыко читаем: «Традиция – обычай, порядок, правила поведения, переходящие из поколения в поколение»³.

К их числу можно отнести учение Конфуция. Он писал в «Луньюй» о необходимости почтить детям родителей, слушаться старших, «чтить умерших, помнить предков»⁴. Конфуций особое место отводит ритуалу. В стихе 11 читаем: «Кто вглядывается в устремления своего отца, когда он жив, а после его смерти – в то, как он поступал, и не меняет его путь в течение трех лет, тот может называться почитающим родителей». В стихе 13 отмечалось, что «если в искренности близок справедливости, обещанное может выполнить. Если чтит согласно ритуалу, то избежит стыда и срама. Если твоя опора тот, кто на самом деле тебе близок, то можешь ему подчиниться»⁵. Традиционный образ жизни основывается на нормах. В основе традиций лежат определенные ценности населения, которое проживает на определенной местности и придерживается определенной культуры. Традиции, безусловно связаны с правосознанием людей. Они выступают регулятором поведения отдельных индивидов и социальных общностей. Со временем они становятся стереотипом поведения человека и социальных групп, наций. По сфере действия традиции можно классифицировать на экономические, политические, правовые, религиозные и другие. По характеру мировоззрения их носителей они могут быть консервативными и либеральными, национальными, межнациональными и наднациональными. Все они связаны с опытом народа. Можно выделить две противоположные системы правовых традиций – государственную, которая поддерживается государством, и народную, поддерживаемую не государственной властью, но силой общества.

² Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4-х томах. Т. 3. М., 1999. С. 384.

³ Булыко А.Н. Современный словарь иностранных слов. Изд. 2-е, испр. и доп. М., 2005. С. 703.

⁴ Конфуций. Уроки мудрости: Сочинения. М., 1999. С. 18.

⁵ Там же. С. 19.

венного мнения. По времени действия традиции можно классифицировать на древние и современные, временные и постоянные.

Если традиции основаны на таких социальных ценностях, как гуманизм, социальная справедливость, то, видимо, они заслуживают внимания законодателей.

Категории «коллективные представления», «народный дух», «психология народа» и другие связаны с менталитетом. Губанов Н.И. и Губанов Н.Н. отметили: «Сознание субъекта и в целом его психика регулируют речь, поведение и деятельность людей, а менталитет определяет специфический характер человеческой активности, в частности, ее направленность»⁶. Г.К. Гинс в начале XX века, отмечая древность и соответствие жизненным потребностям мусульманского населения Туркестана обычаям и норм шариата, писал: «...везде нежно должна быть охраняема святыня обычая, который дорог туземцам и не расходиться резко с требованиями современной этики, так как разбивание каких бы то ни было святых ведет не к культуре, а к деморализации. Ведь где право отсутствует, его должен дать закон»⁷. Государственный режим, установленный в России после октября 1917 года, не имел аналогов в истории. Он привел к полному уничтожению правовых традиций Российской империи. Так, в частности, народного правотворчества сельского управления, которое возникло после крестьянской реформы 1861 года.

Признавая отсутствие в 1917 году в России крепкого монархического правосознания, И.А. Ильин в то же время упрекает русских революционеров-интернационалистов в том, что «они не понимают того, что государственность строится и держится простым народным *правосознанием* и что русское национальное правосознание держится на двух основах – *на Православии и на вере в Царя*»⁸.

Резко критиковал И.А. Ильин и федералистские взгляды республиканцев. Эта форма государственного устройства предполагает установление договора. Что касается России, то здесь с

⁶ Губанов Н.И., Губанов Н.Н. Менталитет: сущность и функционирование в обществе // Вопросы философии. 2013. № 2. С. 24.

⁷ Гинс Г.К. Современное водное хозяйство Туркестана и необходимость водного закона. СПб., 1910. С. 57.

⁸ Там же. С. 109.

древнейших времен начало договора было непрочно. Русское правосознание толковало обязательство, вытекающее из договора, так: «Мое слово, хочу дал, хочу – назад возьму»⁹.

И.А. Ильин был за то, чтобы установить в России прочное унитарное государство. По его мнению, в политической истории всех государств происходит постоянная борьба двух типов правосознания – монархического и республиканского. Правосознание того или иного народа – это совокупный продукт его духовно-политического и исторического опыта. В работе «О сущности правосознания» И.А. Ильин разработал учение об аксиомах правосознания.

И.А. Ильин выделяет три аксиомы правосознания: «Аксиомы правосознания суть его основные *истины*, которым в жизни соответствуют основные *способы бытия, мотивирования и действия*»¹⁰. И.А. Ильин выделяет три аксиомы правосознания:

- 1) закон духовного достоинства,
- 2) закон автономии,
- 3) закон взаимного признания.

Закон духовного достоинства – первая аксиома правосознания. И.А. Ильин отмечал: «Чувство собственного достоинства есть необходимое и подлинное проявление духовной жизни; оно есть знак того **духовного самоутверждения**, без которого немыслимы ни борьба за право, ни политическое самоуправление, ни национальная независимость. Гражданин, лишенный этого чувства, политически недееспособен; народ, недвижимый им, – обречен на тяжкие исторические унижения»¹¹. Это чувство зарождается в душе человека в процессе его духовного опыта. Человек должен осознавать свою миссию в жизни. По мысли И.А. Ильина, это хорошо понимают религиозные люди, а христиане это испытывают при чтении молитвы «Отче наш...». Человек, который духовно самоутвердился, должен быть выше животных инстинктов, а «поэтому достойная жизнь человека требует, чтобы дух совершил известный отрыв от наивного и своекорыстного инстинкта, противо-

⁹ Ильин И.А. Наши задачи // Собр. соч. Т. 2. Кн. 1, 2 / И.А. Ильин. М., 1993. С. 80.

¹⁰ Ильин И.А. О сущности правосознания. // Ильин И.А. Собр. соч. Т. 4. М., 1994. С. 309–310.

¹¹ Там же. С. 311.

поставил себя ему и обуздал его»¹². Такой человек имеет зрелый характер и здоровое правовое сознание, которое проявляется в уважении к себе. Поведение такого человека «будет соответствовать цели и предписаниям права»¹³.

Закон автономии – вторая аксиома правосознания в учении И.А. Ильина.

«Автономия, или самозаконность, есть подлинная, основная форма духа: это присущий ему, необходимый для него способ бытия и деятельности»¹⁴.

Третья аксиома правосознания исходит из признания того, что человек – существо общественное. Он «неизбежно обращается именно к духовному составу других людей, взывать к нему, воздействовать на него, рассчитывать на него и тем организовывать совместную жизнь»¹⁵. Правовые отношения «покоятся на взаимном духовном признании людей»¹⁶. Взаимное уважение и доверие лежит в основе частного и публичного правоотношения.

Третья аксиома правосознания: «в основе всякого правопорядка и государства лежит взаимное духовное признание людей – уважение и доверие их друг к другу»¹⁷.

Еще в начале 1980-х годов культуролог Э.С. Маркарян отмечал: жизнь опровергла идею о несущественности локально выработанных традиций. «Стало очевидным, что учет локального индивидуально-неповторимого своеобразия исторического развития культуры становится в наши дни одним из важнейших условий научно обоснованного управления социальными процессами»¹⁸. А если общество состоит из разных рас? В нем люди живут по принципу «свой – чужой». Род, племя, нация имеют внутриродовые и межродовые отношения. Прав В.С. Шалютин, утверждая, что «внутри рода – свои, **родные**, между которыми царят взаимопомощь, здесь боль одного есть боль другого, поэтому «один за всех

¹² Ильин И.А. О сущности правосознания // Ильин И.А. Собр. соч. Т. 4. М., 1994. С. 313.

¹³ Там же. С. 315.

¹⁴ Там же. С. 336.

¹⁵ Там же. С. 362.

¹⁶ Так же. С. 363.

¹⁷ Так же. С. 376.

¹⁸ Маркарян Э.С. Теория культуры и современная наука. М., 1983. С. 245.

– все за одного». Всякий внешний – чужой»¹⁹. Чужие всегда представляют угрозу. «*Отношения между людьми как чужими регламентируются законом. Отношения между людьми как своими регламентируются моралью*»²⁰. Конечно, не со всем, что пишет Б.С. Шалютин, можно согласиться. Многое зависит от mentality народа. Европейцы допускают в начале XXI века избрание в парламенты своих стран детей мигрантов неевропейских рас и народов. Но мы не встретим европейцев во властных структурах Японии, Китая, Ирана, Армении, Грузии, Азербайджана, Узбекистана и многих других стран. Там нет равенства между своими и чужими. Свои должны быть лучше и сильнее.

После описания локальных культурных традиций требуется их анализ.

Известный советский философ О.Г. Дробницкий отмечал, что «нормативные стандарты поведения закрепляются как в массовой и индивидуальной психике, привычках и сознании людей, так и в их взаимных отношениях, способах общения и взаимодействия»²¹. Юристам и психологам еще предстоит выявить причины и этапы возникновения такого феномена, как общественное мнение, его влияние на становление простейших форм нормативной регуляции. В простом обычай, отмечал О.Г. Дробницкий, «образцы должного поведения формируются самой практикой массового действия: норма является результатом сложения массы однотипных актов и их превращения в общепринятые стереотипы. И поэтому сам факт обычного поведения является вполне достаточным основанием для того, чтобы от каждого человека в отдельности требовать совершения таких же действий. ... В обычай должно и сущее полностью совпадают; нечто является должным именно потому, что оно сущее, что так поступают все»²². Это пример традиционного сознания с его консервативным отношением к наличной действительности. При разложении родового строя возникает критическое отношение в сознании людей к обычаям, которые могут быть сущим, но не во всех отношениях должным и лучшим. Там, где появляются сравне-

¹⁹ Шалютин Б.С. Закон, юридический закон и общественный договор // Вопросы философии. 2006. № 11. С. 39.

²⁰ Там же. С. 42.

²¹ Дробницкий О.Г. Понятие морали. М., 1974. С. 260.

²² Там же. С. 265–266.

ния сущего и должного разных социальных регуляторов, там начинает одна нормативная традиция уступать место другой. Любая правовая форма, просуществовавшая в течение определенного времени в обществе, может выступать в качестве правовой традиции. Например, установление обычая многоженства в Ингушетии по Указу президента от 19 августа 1999 года.

В настоящее время в правоведении накоплен интересный материал о правовых обычаях народов, но еще имеются пробелы, неразработанные проблемы.

«Правовой обычай является одной из древнейших разновидностей социальных норм. Обычаи возникали как средство защиты жизни, чести, имущества и выживания в сложных и порой враждебных условиях жизнедеятельности.

Поскольку законодательство не успевает охватить всю сферу подлежащих его регулированию отношений, его место занимает обычное право. И чем шире законодательная деятельность, тем уже сфера применения обычного права. В странах с развитым законодательством роль правовых обычаем незначительна. Обычай традиционных обществ может стать правовым вследствие его санкционирования государством. Но часто и несанкционированный обычай применяется в неформальных традиционных судах и выполняет юридические функции. Обычаи здесь часто существуют и вопреки закону, и даже конституции. Подобные проявления действия обычая характерны и для мусульманских народов. Если прекращается применение обычая, то он считается устаревшим... Обычаи претерпевают эволюцию от их санкционирования государством, когда они становятся формой права, до их отмены и запрета применения под угрозой сурового уголовного наказания. К числу таких обычаем относится обычай кровной мести, обычай многоженства, обычай выкупа за невесту или похищения невесты. Обычаи сильны там, где существуют общинные родовые отношения»²³.

В России сложилась традиция заимствования правовых и политических институтов от европейских государств (брачный договор, принцип приоритета прав человека над государством, институт президента, федерализм). Если в Российской империи было сильным влияние православия на право, то в СССР эта традиция

²³ Иванников И.А. Теория государства и права. М., 2011. С. 62.

была отброшена. Нигилистическое отношение к праву в первые годы пребывания большевиков у власти сменилось классовым подходом. Борьба большевиков с религией, частной собственностью – это тоже борьба с традицией.

В России традиционно право связывали с силой. Только угроза применения силы заставляет многих людей действовать по праву. Подводя итог рассуждениям, можно дать определение правовым традициям.

Правовые традиции – это разновидность традиций, которые характеризуют коллективный правовой опыт народа в сфере юридически значимой деятельности и основаны на представлениях о праве, морали, социальной справедливости, правосудии, оказывающих влияние на правосознание и правовую культуру населения, юридически значимое поведение индивидов и их групп.

Н.В.Андранинов*

ТРАДИЦИИ КАК ОСНОВАНИЕ И УСЛОВИЕ ИННОВАЦИЙ В ПРАВЕ

Во избежание трудностей, связанных с разнообразием толкований термина «традиция», обратимся к его этимологии. Латинский глагол *tradere* (передавать) в буквальном употреблении означает передачу какой-либо вещи. Соответственно, латинское отглагольное существительное *traditio* первоначально означало некую передаваемую (или подлежащую передаче) вещь. Именно такое толкование призывает принимать во внимание основатель философии традиционализма Рене Генон¹. Основательными представляются также его доводы в пользу выбора наиболее точного (условно современного) варианта семантики данного термина.

***Андранинов Н.В.** – кандидат юридических наук, адвокат, председатель Московской коллегии адвокатов «Ресурс».

¹ Генон Рене. Очерки о традиции и метафизике / Пер. с фр. СПб., 2000. С. 20 / Р. Генон настаивает на том, что «традиция и передача без всяких филологических условностей могут рассматриваться как синонимы или как почти эквивалентные по своему содержанию понятия ...». Указ. соч., с. 65.

Мыслитель выделяет в качестве фундаментального признака традиции «трансцендентность», к которому, по его мнению, следует относить то, что «отмечено присутствием сверхчеловеческого элемента»². Другим признаком традиции Р. Генон считает «перманентность» как выражение идеи «неизменности принципов в циклическом нисхождении»³. Применительно к праву трансцендентностью обладают признаваемые в качестве незыблемых, наследуемые изначальной сакральной силой образцы поведения, юридические процедуры и правовые концепции (принципы). При этом под сакральностью в данном случае следует понимать не только религиозную веру в «высшие силы», но и веру в рациональность, которая в эпоху Просвещения обрела статус религии, всерьез поставленный под сомнение благодаря усилиям представителей философии постмодерна. В любом случае традиция в праве означает веру в априорный характер определенных образцов поведения, некоторых схем их интерпретации (юридических доктрин), а также веру в априори незыблемый (или целесообразный с точки зрения рационального подхода) характер определенных юридических процедур (например – судебных). «Перманентность» таких образцов поведения, схем их интерпретации и некоторых юридических процедур означает, что они передаются из поколения в поколение либо отчасти неосознанно (воспроизводятся в обществе благодаря своей трансцендентности), либо благодаря вполне осознанной вере в божественную (сверхчеловеческую) или научную истинность. Иначе говоря, правовые традиции трансцендентны в силу их способности к воспроизведству от поколения к поколению и в силу веры либо в их сакральность либо в рационально обоснованную необходимость.

С позиций исторического подхода признаку «перманентности» традиции существенное усиление придает следующее положение, высказанное Х.-Г. Гадамером: «По существу своему традиция – это сохранение того, что есть, сохранение, осуществля-

² Генон Рене. Очерки о традиции и метафизике / Пер. с фр. СПб., 2000. С. 20 / Р. Генон настаивает на том, что «традиция и передача без всяких филологических условностей могут рассматриваться как синонимы или как почти эквивалентные по своему содержанию понятия ...». Указ. соч., С. 65. С. 64.

³ Там же. С. 64.

ляющееся при любых исторических переменах»⁴. Поясняя эту мысль, философ отмечает, что «такое сохранение суть акт разума, отличающийся, правда, своей незаметностью»⁵. Что ж, незыблемость и «оберегаемость» правовой нормы (правовой концепции, стиля правовой системы или правовой семьи⁶), устойчивость ее даже при социально-политических потрясениях, видимо, позволяет рассматривать ее как правовую традицию. А вот отмеченная Х.-Г. Гадамером «незаметность» сохранения образцов поведения и их рациональных (научных) или сакральных обоснований скорее свидетельствует не «об акте разума» (во всяком случае – не только о нем), а о работе коллективного бессознательного (в понимании Карла Г. Юнга⁷).

Таким образом, можно сделать следующий вывод о роли правовых традиций. Они обеспечивают воспроизведение схем веры в сакральность или рациональность определенных правовых институтов и концепций. Благодаря этой вере сохраняется относительная устойчивость воспроизведения правопорядка.

Классификация правовых традиций возможна по отраслевому критерию, по критерию принадлежности к правовой системе или правовой семье. Если обратиться к западной правовой традиции в широком смысле, то, видимо, следует согласиться с Г.Дж. Берманом, полагающим, что ее основаниями являются вера в верховенство права⁸, в юридическую науку⁹ и в холастический метод¹⁰ (предполагающий работу профессиональных юристов по анализу и синтезу юридических доктрин, а также отношение к

⁴ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики / Пер. с нем. М., 1998. С. 334.

⁵ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики / Пер. с нем. М., 1998. С. 334.

⁶ Данное понятие ввели в научный оборот немецкие ученые Конрад Цвайгерт и Хайн Кетц. См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Том I. Основы. Пер. с нем. М., 2000. С. 107.

⁷ См.: Юнг Карл Густав. Психика: структура и динамика / Пер. А.А. Спектор. М., 2005. С. 4–7.

⁸ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 278–280

⁹ Там же. С. 164.

¹⁰ Там же. С. 135.

юридическому тексту как к воплощению разума¹¹) как преобладающий на Западе способ юридического мышления¹².

Со времен гlosсаторов для юридических инноваций требовалось обоснование, указывающее на органическую связь нововведения с нормативными текстами, опирающимися на правовую традицию и с «общим духом» права, воплощенным в юридических доктринах (исключение – периоды революций). Новый правовой институт, как минимум, не должен был ставить под сомнение сакральный характер сложившегося правопорядка. Тем самым правовая традиция оказывалась необходимым (хотя и недостаточным) условием инновации, а инновация, будь то новый закон или судебный прецедент, обретала в традиции опору. Благодаря этому новая правовая норма более успешно проходила стадию легитимации в правосознании народа. В этом смысле можно говорить о передаче новым правовым нормам трансцендентности, хранящейся в правовых традициях.

Начиная с эпохи Просвещения, сакральный характер получает вера в рациональность, существенно потеснившая веру в высшие силы. Вера в рациональность создала традицию непрерывных попыток переустройства общества и совершенствования человека путем насаждения новых правовых институтов. Однако новые правовые концепции не отказались от претензий на трансцендентность, которая теперь выражалась либо в семантике естественно-правовых принципов, либо в семантике «закономерностей» исторического развития. Так, трансцендентность воплотилась в вере в «рационалистические» теории, согласно которым в основе социальных перемен (включая изменения в правовых системах) лежит экономика, а в основе возникновения государств – классовая борьба. Уже в XX веке «трансцендентная реальность» (термин Г.Дж. Бермана) стала усматриваться в правах человека и демократических ценностях¹³. С другой стороны, благодаря доминирующей вере в рациональность укоренилась иллюзия того, что правовая реальность, объективированная в правовых институтах и вос-

¹¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 135.

¹² Там же. С. 127.

¹³ Там же. С. 280.

производимая в поведенческих актах и в ментальных представлениях, может быть легко модернизирована путем включения в законодательство новых нормативных текстов. Но сами по себе тексты норм не будут воспроизведиться, то есть не обретут характер действительно правовых институтов до того, как они пройдут стадию легитимации в правосознании народа. И если новые нормативные тексты не учитывают существующие правовые традиции, то тогда их легитимация будет проблематична или вообще невозможна. Любопытно, что зачастую как политики, так и представители юридической науки связывают трудности восприятия новых законов с «отсутствием механизма» их использования, с плохой законодательной техникой, с «правовым нигилизмом» населения. При этом сами они зачастую демонстрируют не только правовой нигилизм, но и откровенное невежество, которое выражается в незнании и в нежелании понимать правовые традиции собственной страны. Зато с приходом эпохи постмодерна сакральной становится вера в перемены и в разрушение традиций. Безудержный рост и изменение нормативного массива превращается в новую правовую традицию.

К сожалению, при разработке новых законопроектов зачастую упускается то обстоятельство, что с семиотической точки зрения социальная реальность, включая правопорядки, состоит из метафор и традиций. Нет ни одной правовой нормы вне метафоры и ни одной, способной к воспроизведству правовой нормы, которая бы не опиралась на ту или иную традицию. Верным будет и утверждение о том, что все традиции нормативны. В целом они представляют собой грандиозную семиотическую систему. Такая семиотическая система делает возможными ожидания того, что в определенных ситуациях люди будут поступать вполне определенным образом. Более того, правовые традиции поддерживают ожидания того, что интерпретации как юридически значимых ситуаций, так и самих правовых норм будут и в дальнейшем происходить в соответствии с определенными семиотическими схемами, придающими стройность и упорядоченность культурному контексту. Традиции юридической науки также поддерживают ожидания по поводу направлений исследований, использования понятийного аппарата и методологических подходов. В этой связи представляется интересным и весьма продуктивным предложение Никласа

Лумана взять за основу определения структур социальных систем (включая подсистему права) понятие ожиданий, имея в виду «ожидания способности операций подсоединять последующие операции, будь то просто переживание или действие, причем ожидание в таком смысле, который не обязательно является субъективным»¹⁴. В интерпретации Н. Лумана социальные роли – это набор ожиданий, а «коммуникации передают ожидания, причем независимо от того, что люди думают сами по себе»¹⁵. Здесь необходима следующая оговорка: «сами по себе» люди «думают» под влиянием или хотя бы с учетом доминирующих традиций, но при этом ожидают, что другие в сходных ситуациях размышляют (и действуют) сходным образом.

Трансформация правовых традиций происходит под воздействием многочисленных факторов, которые не могут быть сведены, например, к экономике или к неким правовым идеалам. Сам язык как главная семиотическая система предполагает неизбежную трансформацию традиций через коннотацию, определяемую Р. Бартом как «связь, соотнесенность, анафору, метку, способную отсылать к иным – предшествующим, последующим или вовсе ей внеположным контекстам, к другим местам того же самого (или другого) текста»¹⁶. Коннотация делает неизбежными различия в интерпретации одной и той же правовой традиции. Но если мы имеем дело действительно с традицией, а не с реципиентами извне правовыми институтами, принципами или концепциями, то тогда вполне очевидной окажется и «передача трансцендентности» как признака лишь некоторых, но далеко не всех правовых текстов от одного поколения к другому, причем на протяжении многих столетий. К такого рода правовым текстам можно отнести, например, характерные для правовой системы Великобритании так называемые конституционные соглашения, которые регулируют важнейшие вопросы государственного устройства страны, не будучи зарегистрированными в каком либо письменном юридическом акте¹⁷.

¹⁴Луман Никлас. Введение в системную теорию (под редакцией Дирка Беккера) Пер. с нем. М., 2007. С. 106.

¹⁵ Там же. С. 107.

¹⁶ Барт Ролан. S/Z / Пер. с фр. 2-е изд., испр. М., 2001. С. 35.

¹⁷ См.: Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия: Учеб. посо-

В эпоху постмодерна «коммуникативное вскрытие священного ядра традиций» стало рассматриваться как способ заменить общественный консенсус на основе конвенций (договоренностей, признаваемых всеми или большинством) консенсусом на основе дискурса¹⁸. Однако консенсус на основе дискурса, понимаемого как широкое публичное обсуждение юридически значимых проблем, не только зыбок, неустойчив и склонен к самораспаду – он обычно просто недостижим. В правовой сфере это можно наблюдать в многочисленных, практически безостановочных дискуссиях по поводу законодательства. Интересно, что у сторонников консенсусов на основе дискурса не только не наблюдается характерное для философов-постмодернистов разочарование в рациональности, а, напротив – отмечается усиление веры в рациональность, проявляющееся в непрерывном публичном обсуждении юридических проблем. Однако этот безудержный дискурс, не только не принимающий во внимание правовые традиции, но и нарочито направленный на их разрушение, ведет к столь же безудержному росту изменений в законодательстве. Интересно, что многие юридические нововведения не проходят стадию легитимации в правосознании народа даже не по причине их отторжения, а в силу того, что слишком быстро заменяются другими законодательными инновациями. В этой связи можно отметить, что правовой традицией эпохи постмодерна становится самоценность даже не самих перемен в сфере законодательства, а самоценность ускоренного роста этих перемен. Во всяком случае, эти взгляды весьма укоренены в среде так называемой либеральной общественности, которая в безостановочном дискурсе (разговорах) о переменах забывает даже о классиках либерализма. Однако следовало бы хотя бы время от времени обращаться к следующим словам нобелевского лауреата Ф. фон Хайека: «Человека делает добрым не природа и не разум, а традиция»¹⁹. От себя добавим,

бие / Сост. сб., пер., авт. введ. и вступ. ст. В.В.Маклаков. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 4–5.

¹⁸ См.: Коэн Дж.Л., Арато Э. Гражданское общество и политическая теория / Пер. с англ. / Общ. ред. И.И. Мюрберг. М., 2003. С. 558.

¹⁹ Хайек Фридрих Август фон. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М., 2006. С. 482.

что вне традиций не существует не только добрых людей (в широком смысле – людей, способных к жизни в обществе), но и правовых систем. Что же касается правовых инноваций, то вне правовых традиций они утратили бы саму способность быть различенными и оцененными как инновации. Непрерывная юридическая мимикрия сделала бы невозможными сами понятия нормы, нормативности, регулярности, правосознания и правопорядка.

*В.И. Павлов**

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ И ЕЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ДУХОВНОЙ ТРАДИЦИЕЙ В КОНТЕКСТЕ СТАНОВЛЕНИЯ ЦИВИЛИЗАЦИОННО-КУЛЬТУРНОГО ОРГАНИЗМА

Достижение целей правового регулирования всегда связано с реализацией некоторых политico-правовых заданностей, основанных на модельных представлениях законодателя о желаемом правопорядке. Формирование желаемого образа, модели правового порядка в конкретном обществе осуществляется, в том числе, на основе изучения государственно-правовой истории этого общества. Иными словами, как мы видим и оцениваем нашу государственно-правовую историю, так мы и формулируем для себя государственно-правовые цели. Однако прочтывание собственной, равно как и вообще государственно-правовой истории как таковой, связано с методологическими ресурсами, используя которые мы анализируем правовую реальность прошлого. Поэтому представляется важной проблема формирования и выбора системы методологических координат, методологической матрицы историко-правового анализа. В данной публикации мы предлагаем рассмотреть возможность осуществления историко-правового анализа на базе методологической схемы, включающей связку трех концептов: «духовная тради-

* **Павлов В.И.** – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь.

ции» – «государственно-правовая традиция» – «цивилизационно-культурный организм».

Сегодня нет смысла объяснять значение для исторической науки так называемых «новых историй» – методологических проектов, построенных вне классического, позитивистско-факторологического направления (социальная, политическая, экономическая история и др.) и использующих в основе исторического анализа постклассические ресурсы (история ментальностей, микроистория, историческая антропология, история ценностных ориентаций и др.). На наш взгляд, общее значение новой исторической науки (разумеется, мы не рассматриваем здесь крайне радикальные исторические проекты наподобие исторической хронологии А.Т. Фоменко) заключается в попытке более детально и точечно рассмотреть исторические события вне диктата исторического метанarrатива. В связи с этим представляется, что наиболее продуктивная часть нового исторического движения заключается в возможности конкретно-исторического и контекстуально-смыслового описания того или иного события из его уникальности как *со-бытий* (в хайдеггеровском смысле) с присущими ему характеристиками. Разумеется, в этом случае одним из центральных методологических ресурсов становится антропология как способ анализа личностной конституции и идентичности человека исторического, человека конкретного события или исторического периода, причем в этом случае модель общества того или иного исторического периода представляется сингулярным образованием, со-ставленным из отдельных личностных существований.

Идеи, предложенные новой исторической наукой, таким образом, позволяют разрабатывать такие методологические матрицы описания историко-правовой реальности, которые дают возможность более детального, событийного прочтения того или иного исторического факта. Государственно-правовая история здесь не является исключением и в связи с этим разработка специального методологического языка представляется небезосновательной. Однако каким образом создать подобный методологический ресурс? Ведь специфика государственно-правовой истории заключается в ориентации на правовой анализ текстов нормативных правовых актов прошлого как на остов историко-правового познания?

Для начала обозначим, что постклассическая методологическая модель историко-правового познания предположительно должна операционально фиксировать следующие содержания:

1) контекст (цивилизационно-культурные условия) бытия государства и права прошлого;

2) степень и особенности восприятия индивидуальным и коллективным правосознанием государственно-правовых содержаний (понимания и образа восприятия населением сущности политической власти, общих смыслов правовой системы, нормативных правовых актов прошлого – т.е. реальную смысловую картину государственно-правовой реальности);

3) процесс трансляции во времени этой смысловой картины государственно-правовой реальности.

Учет в познании этих содержаний представляется оправданным, поскольку оценка нормативного массива всегда осуществляется нами на почве интерпретационных образцов современного правосознания. В то же время реальное бытие государства и права прошлого есть бытие идеальное, которое фиксируется не только и не столько в древних актах и институтах, но главным образом в их психическом восприятии нашими предками в условиях аутентичного исторического бытия. Как верно отмечает И.Л. Честнов, «политико-правовая реальность прошлого – это не просто соответствующие тексты определенной эпохи, но и ...их включенность (всегда неполная, частичная) в практическую жизнь населения»¹.

Обратимся непосредственно к концептам «духовная традиция» – «государственно-правовая традиция» – «цивилизационно-культурный организм».

Предлагаемый концепт «государственно-правовая традиция» выполняет роль процессуального герменевтического текста в феноменологическом смысле и показывает трансляцию во времени и пространстве государственно-правовых содержаний (см. выше пункт 2). В отличие от таких категорий, как правовая система, система законодательства, государственно-правовая традиция акцентирует внимание не на нормативно-правовой, но на антропологической характеристике правовой реальности прошлого.

¹ Честнов И.Л. Современное состояние науки истории политических и правовых учений // История государства и права. 2009. №7. С. 11.

Концепт «духовная традиция» предлагается рассмотреть в качестве ядра цивилизационно-культурного организма прошлого (по крайней мере, в истории России, Беларуси, Украины этот концепт применим вплоть до начала XX века). Речь идет о том, что духовная традиция, сердцевиной которой выступает духовная практика, является одновременно практикой антропологического порядка и в истории наших обществ духовная традиция занимает ключевое место, в особенности в смысле формирования идентичности. Для Беларуси, например, в историко-правовых исследованиях анализ концепта «духовная традиция» весьма актуален и необходим, поскольку белорусская государственно-правовая история в отличие от российской неразрывно связана с конкуренцией на белорусских землях четырех религиозных традиций – православной, католической, протестантской и униатской, которые в различные периоды времени оказывали своеобразное влияние на развитие государственно-правовой истории. Адекватное понимание многих событий белорусской государственно-правовой истории невозможно без сопоставления государственно-правовой и духовной традиций.

Концепт «цивилизационно-культурный организм» и представляет собой методологическую модель познания государственно-правовой реальности прошлого через соотношение государственно-правовой и духовной традиций, имея в виду, что культура прошлого (советский период в этой связи требует отдельной интерпретации) была связана религиозными содержаниями и практиками.

Таким образом, предложенная модель позволит осуществить дескрипцию юридико-антропологической реальности определенного исторического этапа и, следовательно, характеристику государственно-правовой сферы жизни социума не путем современной интерпретации и оценки нормативных текстов и институтов того времени, но через синхронную фиксацию состояния индивидуального и коллективного сознания в духовной традиции, которая является единственной формой аутентичной, живой личностной (от человека к человеку) исторической трансляции идеальных содержаний сознания, в их наложении на восприятие государственно-правовой традиции. Это даст возможность исследователю также освободиться от жестких рамок формально-юридического метода в исследовании государственно-правовых явлений, который предполагает оценку

развития государства и права только лишь исходя из их юридико-технического совершенства вне контекста культурно-цивилизационной реальности, в которых они действовали.

Изложенные методологические особенности понимания государственно-правовой традиции формулировались исходя из максимальной степени учета культурно-цивилизационного контекста конкретного исторического бытия государственно-правовых явлений. Построение эффективно работающей современного государства не может ограничиваться лишь формально-юридической констатацией национальных достижений в правовой истории и презентацией национальной историко-правовой идеологеммы. Безусловно, нам необходима реальная оценка не только текста, но и контекста историко-правового бытия, выражающегося в культурно-цивилизационных условиях функционирования государственно-правовой традиции, о которых немало может сказать взаимоналожение смысловых содержаний религиозного и правового сознания исследуемой эпохи.

*Н.В. Варламова**

ЗАПАДНАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ: ВНУТРЕННИЕ И ВНЕШНИЕ ВЫЗОВЫ

Глобализация порождена релятивацией физических расстояний. Научно-технический прогресс, обеспечив относительную легкость преодоления больших расстояний (как реального, так и виртуального), сделал мир гораздо более тесным и взаимозависимым. Ранее именно территориальная разобщенность человечества обеспечивала возможность существования на Земле множества разнообразных и обособленных социальных порядков, так как их взаимодействие носило лишь эпизодический характер. Классическое международное право, само появление которого знаменовало на-

* Варламова Н.В. – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права РАН.

чальный этап глобализации, когда отдельные социальные порядки уже не могли существовать абсолютно изолированно, было направлено на создание гарантий их неприкосновенности (принцип уважения государственного суверенитета). Но сегодня такой миropорядок уже не отвечает новым реалиям.

На современном этапе глобализации перед мировым сообществом стоят две группы проблем. Во-первых, это унификация социальных порядков, т.е. выработка и поддержание определенных международных (универсальных и региональных) стандартов, которым должны соответствовать национальные правопорядки; во-вторых, – сохранение в рамках каждого правопорядка его специфики, идентичности, правовой традиции, ибо только наличие разнообразия обеспечивает перспективы дальнейшего развития.

Принято считать, что глобализация – это интервенционизм западной правовой традиции, стремление экстраполировать ее основополагающие принципы на международные отношения и утвердить их в качестве универсальных стандартов, которых надлежит придерживаться всем национальным правопорядкам.

Западная правовая традиция выделяется не по пространственно-географическому признаку, а на основании целой совокупности историко-культурных, социально-политических, философско-идеологических критериев¹ и противопоставляется иным правовым традициям – религиозным и клановым². Ее базовыми идентификационными принципами являются индивидуализм, рационализм и формализм.

Западная правовая традиция ориентирована на человека, который рассматривается как первичная и приоритетная ценность. Индивид здесь не поглощается социальной тотальностью, а выде-

¹ «Запад определяется не по компасу. Географические границы помогают найти его, но со временем они меняются. “Запад” скорее культурный термин, но с очень значимым диахроническим измерением. Запад, однако, не просто идея; это – общество» (Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 20).

² См., например: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996; *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М., 2000; *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009; *Берман Г.Дж.* Указ. соч.; *Wieacker F.* Foundations of European Legal Culture // The American Journal of Comparative Law. 1990 (Winter). Vol. 38. № 1. P. 1–29.

ляется из нее и в определенной мере противостоит ей³. Необходимыми атрибутами такого индивида являются свобода и равенство. Обязанности человека по отношению к другим лицам и сообществу в целом выводятся из его прав (выступающих конкретизацией неотъемлемо присущей ему свободы) и само сообщество существует лишь для защиты этих прав. Взаимные обязательства между людьми и их обязательства по отношению к сообществу (общине, государству) являются сугубо договорными: «они не подписаны Господом Богом, не вытекают из страха человека за свою вечную жизнь или из естественного порядка космоса, а продиктованы тем, что сторона, подписавшая контракт, заинтересована в выполнении этого контракта остальными сторонами»⁴.

Признание свободно волящего и действующего индивида основой социальной организации с необходимостью предполагает рациональное отношение к окружающему его миру. «Рационализм пронизывает всю западную культуру»⁵; «разумом можно проверить действенность земных институтов, будь то в целях их оправдания, с учетом существующего состояния морали, или проклятия – как противоречащих природе, или же их смягчения или исправления с помощью разума»⁶.

Рациональное мироустройство предполагает его формализацию, сведение всего многообразия социальных связей к типизированному и обезличенному взаимодействию носителей социальных ролей. Поэтому право как система рациональных, абстрактных, формально определенных правил поведения и выступает здесь доминирующей соционормативной системой.

Именно указанными базовыми принципами объясняются притязания западной правовой традиции на утверждение в качестве модели для универсальных стандартов глобального правопорядка. И дело здесь отнюдь не в том, что данные принципы являются общепризнанными. Напротив, как справедливо подчеркивают критики европоцентризма, большинство человеческих культур и цивилизаций создали социальные порядки, базирующиеся на иных установ-

³ См.: Дюмон Л. Эссе об индивидуализме. Дубна, 1997. С. 36–37, 294–295.

⁴ Фукуяма Ф. Конец истории и последний человек. М., 2004. С. 483.

⁵ Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание. Краснодар, 2010. С. 35.

⁶ Дюмон Л. Указ. соч. С. 48.

ках⁷. В их основе – приоритет самого порядка, воплощенного в той или иной системе нравственных или религиозных постулатов, и конституируемой им социальной общности (семьи, общины, государства), а не отдельной личности. Данные социальные порядки призваны обеспечивать не индивидуальную свободу, а единение, солидарность, соучастие людей в целях реализации определенных нравственных или религиозных ценностей. Однако претендовать на объединяющую роль в глобализирующемся мире эти порядки не могут, причем не потому, что утверждаемые ими ценности хуже, чем индивидуальная свобода, а потому, что они исключают все иные ценности, не признавая их таковыми (ценностями).

Любой нравственный или религиозный порядок по сути своей тоталитарен и не допускает существования внутри себя порядка, основанного на иных нравственных или религиозных установках. И, следовательно, утвердившись в качестве глобального социального порядка, снивелирует (поглотит, подавит) все иные формы социальной организации. Индивидуализм, напротив, предполагает социальный порядок максимально абстрактный и формализованный. Гарантируя свободу и формальное равенство всех участников социального взаимодействия, такой правовой социальный порядок предоставляет им и свободу морального и религиозного самоопределения. Признание личной свободы в качестве основополагающего принципа социальной организации отнюдь не освобождает человека от любых нравственных или религиозных обязательств, а просто дает ему возможность самостоятельно выбирать убеждения и соответствующий им образ жизни, требуя при этом уважать аналогичный (в том числе противоположный) выбор других членов общества.

Именно базовые принципы западной правовой традиции позволяют конституировать социальный порядок, в рамках которого в равной мере (и в определенных пределах, как раз и обеспечивающих их сосуществование) признаются и защищаются различные нравственные и религиозные системы социальной регуляции и основанные на них социальные порядки. Глобализация и уни-

⁷ См, например: Синха Сурья Пракаш. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 10–63; Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Под ред. Е.А. Лукашевой. М., 2002. С. 263–431.

версализация социального порядка в масштабах планеты, осуществляется на таких основах, не повлечет за собой уничтожение культурно-цивилизационного разнообразия человечества и позволит всем народам, вовлеченным в интеграционные процессы, сократить свою национальную, культурную, религиозную, языковую и т.п. идентичность.

Однако в условиях глобализации встает вопрос об устойчивости самой западной правовой традиции, которая сталкивается с серьезными вызовами, обусловленными как активизацией инокультурного влияния на нее, так и тенденциями ее собственного развития.

Сегодня страны, не принадлежащие к западной правовой традиции, уже не находятся на периферии мирового политического процесса, а играют в нем все более заметную роль. Многие из них наращивают свою экономическую и военную мощь, а вместе с этим и политическое влияние. Заимствуя отдельные элементы западной правовой традиции, они во многих отношениях ее отрицают и стремятся обеспечить экспансию ценностей и ориентиров своей культуры.

Одновременно сохраняющийся разрыв в уровне жизни в странах Запада и остального мира, сопровождающийся дисбалансом идущих там демографических процессов (старение населения в западных странах и его бурный рост в странах Востока и Юга), обусловил усиление миграционных потоков. Страны западной правовой традиции выступают как государства иммиграции (принимающие общества), что существенным образом оказывается на составе их населения. Теперь это уже не только нация, реализовавшая свое право на самоопределение в рамках определенной территории (своей исторической родины), но и просто люди, во-лею судьбы оказавшиеся в пределах тех или иных государственных границ (под юрисдикцией того или иного государства). Причем в структуре населения многих стран западной правовой традиции доля последних постоянно возрастает. Такое население во многом утрачивает качество интегрированной общности (государствообразующего народа). Этнические, культурные, языковые, религиозные и т.п. «скрепы» между отдельными его составляющими (этническими, культурными, языковыми, религиозными, социальными и т.п. группами) ослабевают, а внутри них – усиливаются.

Г. Кельзен, как бы предвидя нынешние реалии, характеризовал население государства следующим образом: «Население страны – это люди, принадлежащие к этому государству. На вопрос о том, почему какой-то человек вместе с другими людьми принадлежит к определенному государству, можно ответить, что эти люди подчиняются одному определенному, относительно централизованному принудительному порядку. Все попытки обнаружить какую-либо иную связь, объединяющую людей с разными языками и взглядами, принадлежащими к разным расам и религиям, разделенных взаимоисключающими интересами и классовыми противоречиями, – все эти попытки обречены на неудачу. В особенности невозможно обнаружить какое-либо духовное взаимодействие, которое (независимо от всяких юридических связей) позволяло бы всех людей, принадлежащих к одному государству, противопоставить людям, принадлежащим к другому государству и объединенным аналогичной связью, как одну группу – другой. Совершенно очевидно, что нет такого взаимодействия, которое объединяло бы всех жителей одного государства и только их одних; точно так же очевидно, что реально жители разных государств могут быть духовно гораздо ближе друг другу, нежели жители одной страны. Ведь к одному государству они принадлежат только юридически. Конечно, они могут быть – как принято выражаться – духовно связанны со своим государством, могут любить его, даже обожествлять его и быть готовы за него умереть. Но они все равно принадлежат к нему, даже если ничего такого не испытывают, ненавидят его и даже предают или вообще совершенно равнодушны к нему. Вопрос о принадлежности человека к государству имеет не психологический, а юридический характер. Единство людей, образующих население одного государства, проявляется только в том, что для них действителен один и тот же правопорядок, что их поведение регулируется общим для них правопорядком»⁸.

В свое время утверждение Г. Кельзена, что население государства не представляет собой никакой специфической социальной общности, а является просто совокупностью лиц, не связанных ничем иным кроме как общим правопорядком, отвергалось

⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 113–114.

как чрезмерно радикально и эпатажное. Сегодня оно тоже не вполне адекватно социальной действительности, но уже по другим основаниям. В современных условиях в странах западной правовой традиции все сложнее говорить даже о единстве правопорядка как государствообразующем и интегрирующем население факторе. Причины этого отчасти в практике мультикультурализма, которая в условиях глобализации актуализировалась в связи с тем, что стала использоваться в качестве инструмента обустройства мигрантов в принимающем обществе, позволяющего минимизировать для них необходимость интеграции в него.

Ситуация усугубляются практикой социальной государственности, которую Г. Берман справедливо характеризует как «кризис западной традиции права»⁹, поскольку она нарушает логику ее внутреннего развития, выхолащивает содержание ее базовых принципов. Данный кризис проявляется, в частности, в уходе от индивидуализма к тем или иным проявлениям колlettivизма, в радикальной централизации и бюрократизации экономической жизни, в беспрецедентных ограничениях действия принципа свободы договора во всех сферах гражданского оборота и прерогатив собственников, возложении на них чрезмерных обременений в интересах общества¹⁰, в стирании граней между частным и публичным правом и превращением государства в невидимого участника практически всех правоотношений¹¹, в утилитаризации уголовной и в целом юридической ответственности (акцентированием исключительно целесообразности тех или иных мер воздействия в ущерб идее соразмерности воздаяния содеянному). Само право постепенно утрачивает качество целостности и воспринимается как «мешанина, каша из сиюминутных решений и противоречащих друг другу норм, соединенных только общими “приемами”, “техникой”»¹². Право становится все больше фрагментированным, приспособляемым исключи-

⁹ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 48–55.

¹⁰ «Собственность обязывает. Пользование ею должно одновременно служить общему благу», – провозгласила ст. 14 Основного закона ФРГ, а вслед за ним и конституции многих других стран.

¹¹ См., например: Selznick Ph. Law, Society and Industrial Justice. N.Y., 1960. P. 244–255; Unger R.V. Law in Modern Society: Towards a Criticism in Social Theory. N.Y., 1976. P. 203.

¹² Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 52.

тельно для решения сиюминутных проблем, о последовательности и преемственности регулирования при этом обычно забывают. Юридическая аргументация все чаще уступает ссылкам на социальную справедливость и социальную ответственность. Право превращается в инструмент в руках государства, средство исполнения воли тех, кому принадлежит политическая власть.

Государство и общество, преследующие цели «всебобщего благоденствия», способствуют возрождению корпоративизма, заменяющего систему, базирующуюся на принципе *rule of law*, обеспечивающем индивидуальную свободу и общность (всебобщность) правового регулирования, что подготавливает условия для возврата к системе обособления отдельных социальных групп как основы социального порядка¹³. Если Г. Мэн характеризовал магистральное направление развития западного права как движение от статуса к договору¹⁴, то сегодня социальная государственность явно дает «обратный ход» – от договора как основы правового общения к новому закреплению статусных различий отдельных социальных групп в системе государственного перераспределения социальных благ и обременений.

Следует помнить, что на протяжении истории принципы западной правовой традиции в принадлежащих к ней обществах никогда не проявлялись до конца последовательно. В эпоху античности они выкристаллизовывались в конкуренции с родовыми пережитками. Средние века демонстрируют определенный откат назад в их реализации, хотя отдельные их элементы сохранились в соционормативных системах и даже получили развитие. Наиболее полное практическое воплощение они нашли в Новое время, что, однако, сопровождалось всплеском тоталитаризма как рецидива крайне холистской, деспотической социальной организации в ряде стран.

Два базовых принципа социальной организации – индивидуализм и коллективизм (социальная солидарность) – в той или иной мере наличествуют в любой из человеческих культур (цивилизаций). Западная правовая традиция всегда с большей или

¹³ См.: *Unger R.V.* Op. cit. P. 238.

¹⁴ Мэн Г.С. Древнее право: Его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2011. С. 134.

меньшей последовательностью демонстрировала превалирование первого из них, что, собственно, и придавало ей правовое качество. И только при сохранении в общем и целом индивидуалистического и рационального характера ей удастся не изменить своей природе.

*Н.Г. Павлова**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Богатство и многообразие правового мира, по меткому выражению М.Ю. Тихомирова является одним из ярких свидетельств ценности потенциалов мирового сообщества¹. В самом деле, каждая страна накопила, сохранила и преумножила свои правовые концепции, традиции правовой культуры, специфические юридические институты. Они обнаруживаются как в правотворческой, так и в правоприменительной сферах. У каждого народа и государства есть свои правовые особенности, с которыми знакомится любой приезжающий в эту страну, воспринимая их как понятные, узнаваемые, либо как неизвестные. Компаративисты же относятся к этому аналитически, оценивая беспристрастно или критически.

До недавнего времени доминирующая тенденция к сближению принципов права и национальных законодательств побуждала исследователей искать прежде всего общие черты правовых систем с целью их гармонизации, унификации и т.д. К правовым различиям же относились чаще всего либо безучастно, либо как к явлению преходящему.

В современном правовом мире доминирует тенденция объективного тщательного изучения и оценки национально-правовых различий, непозволительности проявления к ним необъективности и повышенного критицизма, допущения какого-либо игнорирования

* **Павлова Н.Г.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Российской университета дружбы народов.

¹ Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 13.

ния. Ведь речь идёт о национально-правовом достоянии народов и стран, о том общем и специфическом, что они вносят в мировую правовую «копилку».

Необходимость и актуальность исследования национально-правовых традиций обусловлена в том числе и исключительно прагматическими (практическими) целями. Их выявление и тщательное изучение даёт компартиативистам критерий объёма и рамок рецепции, за пределами которой она становится бессмысленной, что останавливает национального законодателя в попытках слепого заимствования иностранных правовых моделей. Это характерно, в первую очередь, для молодых государств, законодатели которых находятся в поиске наиболее эффективных правовых решений, выработанных и апробированных в других государствах. Речь идет о странах не только Африки, Азии, Ближнего и Среднего Востока, но и Восточной Европы, Китая, а также Российской Федерации и ее соседей – бывших союзных республиках, ныне независимых государствах. Данная проблема актуальна и для стран Европейского Союза со сложившимися правовыми традициями принципов права, правотворчества и правоприменения, находящимися в процессе регионализации.

Здесь уместно обратить внимание на особенности в системе источников права, что отражает специфику европейских правовых семей: неодинаковое соотношение источников права между собой в их иерархии (Англия и скандинавские страны – с традицией приоритета судебного precedента; закона – в центральной Европе). Наличие правовых традиций предопределяют и источниковоедческие различия. Так, например, в странах континентальной Европы исходным для правовой системы является верховенство конституции и закона; в Африке – норм обычно-традиционного права; в Англии – precedентного права; в Азии – религиозно-нравственных норм. Устойчивость таких органических различий не колеблется веками их существования, и их не легко преодолевать даже в условиях нарастающей экономической, культурной, информационной интеграции и сближения.

Весьма специфичны системы национальных законодательств, в которых подчас далеко не совпадает классификация отраслей законодательства, подотраслей и институтов, их соотношение между собой. Различен удельный вес и степень развитости отдель-

ных отраслей. Так, например, Ю.А. Тихомиров отмечает, что в «системе французского права и законодательства ярко выделяются в качестве классических конституционное и административное право с их богатой историей, ювелирной регламентацией, тщательно разработанными процедурами». В Германии и Швейцарии в федеральном механизме права, по мнению автора, «блестяще урегулированы уровни компетенции федерации и земель, кантонов и юридические способы преодоления коллизий»². В Швейцарии на передний план выдвигается «потребительское право», а в ряде стран – экологическое право.

Юридические различия между государствами выражаются и в специфике понятий и терминов. Без уяснения их содержания трудно понять природу правовых систем, их внутренних связей, структурного оформления правовых норм.

Особого внимания требует изучение нормативного языка, правовой стилистики, характерной для законодательств государств разных правовых семей. Сказываются особенности национального языка, его лингвистический строй. А отсюда – краткость или пространность, образность или математическая строгость, нормы полные или распылённые по статьям и параграфам. Это особенности, которые нельзя игнорировать.

Различна сама композиция конституций, законов, кодексов, когда их структурная организация, способы связи отдельных частей одного акта, внутренние ссылки и статьи того же акта или ссылки к другим, внешним актам могут вызвать затруднения при изучении актов разных стан, а попытки их копировать или критиковать обречены на несостоятельность.

Сопоставление правовых систем позволяет выявить ещё одно устойчивое различие между ними, связанное с правовыми институтами, конструирующими верховную власть. Так, например, историческими традициями и особой географической устойчивостью отличаются государственно-правовые институты скандинавских стран. В этих странах длительным является период существования монархий. Здесь отсутствие традиционной писанной конституции компенсируется взаимосвязанными актами конституционного значения. Эти и иные государственно-правовые особенности север-

² Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 15.

ных стран Европы способствовали формированию общего юридического мышления и правовой культуры.

С традициями и уровнем правовой культуры связан наибольший объем правовых различий. Конечно, приемы юридической техники и построения правовых актов значительно отражают специфические способы и элементы «юридической технологии», но в большей степени важно обеспечить их привычное социальное восприятие, отношение к ним граждан. Языковые культурологические особенности населения не могут не учитываться в полной мере. Безусловно, на них отражение влияют и юридические школы. В этой связи уместно обратить внимание на своеобразие научно-теоретических концепций и воззрений, которые бывают весьма специфичными и устойчивыми. Они порождаются традициями юридического мышления и принадлежностью к различным правовым учениям.

Правовое многообразие нельзя рассматривать как исторический анахронизм, связывая его с традициями прошлых веков и юридическим консерватизмом. Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, «история каждого государства и группы стран общей судьбы или связанных между собой прочными экономическими, культурными узами и географической близостью формирует устойчивые правовые воззрения, традиции и правовую культуру»³. В самом деле, отношение к праву неодинаково у населения Северной, Центральной и Южной Европы. Законопослушание скандинавов, англичан и немцев контрастирует с пренебрежением к формальным нормам в кавказском регионе, в мусульманском мире. Следовательно, одно из коренных правовых различий заключается в разных идеологических, религиозных и мировоззренческих истоках права. В этой связи нельзя не согласиться с Ю.А. Тихомировым в том, что «акцент на сопоставлении преимущественно законов оставляет в тени другие явления правовой жизни. Ведь правоведение не синоним права, и оно охватывает все источники права, государственные и иные институты, юридические учреждения, правоприменение, юридическое образование и науку»⁴.

³ Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 19.

⁴ Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 6.

Сегодня становится очевидным, что анализ национальных правовых традиций того или иного народа не может не представлять интереса для специалистов-компаративистов. Как следствие – одними из самых распространённых направлений в сравнительно-правовой науке являются изучение права с культурологических позиций и социологический подход⁵. Актуальность данных подходов определяется следующим. Целый ряд стран, еще недавно одних из наиболее отсталых в социально-экономическом и научно-техническом отношениях (Китай, Индия, Сингапур и др.), постепенно превращаются в центры мирового притяжения. Вступая на путь системного обновления общества, усваивая при этом инструментальные компоненты западной культуры (структуру материального производства, инновационные технологии, способы трансляции информации и т.д.), эти страны, как отмечает М.А. Супатаев «в гораздо меньшей степени склонны отказываться от экзистенциональных начал своей собственной культуры, национальных традиций в праве»⁶. Такая тенденция проявлялась еще в XX в. в связи с вестернизацией права стран Азии и Африки в колониальный и постколониальный период. Исследователи отмечают, что несмотря на интеграцию обычно-правовых норм посредством законодательства, судебной практики, судебного precedента в английских колониях либо их прямой запрет во французских колониях, они продолжали действовать, воспринимая европейские нормы и принципы как явление чужеродное⁷. Даже в Индии, где в результате интеграции английского и обычно-традиционного права сформировалось так называемое «англо-индусское право»⁸, сегодня в деревенских судах зачастую применяются несанкционированные обычаи, часто противоречащие норме закона.

⁵ О разграничении социологического и культурологического подходов в сравнительном правоведении см.: Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права (2007). СПб., 2008. С. 10–19.

⁶ Супатаев М.А. К проблематике цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории и практики. М., 2012. С. 109.

⁷ См.: Муромцев Г.И. Правовые системы традиционного типа / В кн. Проблемы общей теории права и государства. М., 1999. С.292.; Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1982.

⁸ Крашенинникова Н.А. Указ. соч. С. 25

Подобная ситуация, когда наряду с так называемыми «централизованными» правовыми системами (уголовного, гражданского, коммерческого права), могут существовать другие правовые регуляторы различного типа, существует и сегодня. Особенно это характерно для государств с мультиэтническим составом населения. Эти нормы, как правило, имеют разную степень формализации и действенности среди различных групп населения одного государства или региона. Они, чаще всего, являются результатом историко-культурной традиции аборигенных или иммигрантских групп, принадлежащих к категории этнических или религиозных меньшинств.

Современные культурологические науки выработали термин «правовой плюрализм», обозначающий ситуацию, когда в границах одного государства существует несколько правовых систем одновременно. Понятие правового плюрализма, по их мнению, предполагает признание того, что государство не обладает исключительной монополией на право. Культурологи утверждают, что «имеет место состязательный процесс между правовым централизмом (правом, установленным государством) и правовым разнообразием»⁹. Правовой централизм или право, установленное государством, обычно «отражают доминирующую интерес или доминирующую волю, за которыми стоит господствующая сила, господствующая идеология и господствующая культура, которые стремятся создать “единое правовое пространство” на контролируемой территории»¹⁰. Поэтому почти всегда имеет место ситуация, когда централизованное право наталкивается и вступает в противоречие с местной традицией, с локальной спецификой.

Многочисленные исследования в бывших колониях дали огромное количество подтверждений того, что правовой плюрализм является реальностью, с которой эти страны вынуждены считаться.

Компаративисты пришли к единому мнению, что одного объекта – материального права (как предлагал Р. Давид в середине XX в.) – для сравнения национальных правовых систем недостаточно. Необходимо учитывать всю правовую инфраструктуру со всеми ее составляющими. Особенно на этом настаивают американские

⁹ К. Фон Бенда-Бекманн. Правовой плюрализм в меняющемся мире // Обычное право и правовой плюрализм. С. 6.

¹⁰ Там же. С. 11.

компаративисты. Американское сравнительное право глубоко социологично, оно обращает внимание на поведенческую и процессуальную сторону правового регулирования при характеристике правовых систем. А это невозможно без учета правовых традиций. Особенно устойчиво правовые традиции проявляются в частной сфере, которая непосредственно связана с народной жизнью, общественной моралью и культурой. К.В. Арановский справедливо отмечал, что «свойства частно-правовой сферы формировались, в основном, не по единому замыслу, а эволюционно, стали продуктом естественного развития¹¹. В них больше всего проявляется устойчивость правовых традиций. Эти элементы правовой жизни не так подвержены текущей политике, реформируются непросто, и сами сдерживают политиков и реформаторов, заимствование затруднено.

Сфера публичного права, особенно государственное (конституционное), отличается большей подвижностью, восприимчивостью к идеино-теоретическим и политическим веяниям Государственное право не так привязано к национальным традициям, как право гражданское. Легче заменить монархию республикой и переписать конституцию, чем коренным образом обновить гражданско-правовое регулирование и привить его в обществе. Реформа избирательного процесса – трудоемкая и рискованная задача, но изменить избирательную процедуру не сложно. Англо-американцы и европейцы, находясь в разных правовых семьях, имеют хорошо освоенные системы федерализма, разделения властей, форму парламентской монархии. Латинская Америка, освободившись от испанской зависимости и попав под мощное влияние США, не восприняла систему общего права, но сумела заимствовать институты американского конституционализма. Таким образом, традиции в публично-правовой сфере заимствуются проще.

В свете вышесказанного, правовые традиции, безусловно, попадают в фокус сравнительного правоведения в силу следующих их свойств и характеристик. Во-первых, правовые традиции аккумулируют национально-правовые различия в праве, определяя его специфику и несходность, что препятствует современным процессам сближения и унификации. Компаративистам в этой ситуа-

¹¹ Арановский К.В. Начало сравнительного права в России // Российский журнал сравнительного права. М., 2002. № 1. С. 163.

ции следует изучать и оценивать их объективно, тщательно, как в интересах обеспечения национально-особенного, так и интегративно-правовых начал в общеисторическом процессе правового развития. Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, «объективно правильное установление “меры правовых различий” позволяет со-поставить её с меняющимися общими интересами ряда или многих государств в правовой сфере»¹². Преобладание правовых различий диктует выбор курса государств на уменьшение этих различий. А отсюда – задача компаративистов: поиск и предложение набора способов и средств их постепенного преодоления.

Во-вторых, знание и понимание правовых традиций расширяет горизонты поиска критериев классификаций правовых систем, правовых семей и типологий.

*Е.В. Сидорова**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ КАК ФОРМА ОТРАЖЕНИЯ ЦЕННОСТНОГО СОДЕРЖАНИЯ ПРАВА

Правовые и общечеловеческие ценности составляют основу национальной правовой культуры. Правовые ценности являются определенными смысловыми единицами правосознания, воспроизводящими и сохраняющими право как таковое. Выступая отношением к тому или иному правовому явлению или процессу, ценности являются невидимыми, но воспринимаемыми на уровне сознания индивида феноменами, сущность которых состоит в значимости, а не фактичности. Одной из форм отражения правовых и общечеловеческих ценностей, наряду с идеями и принципами права, являются правовые традиции.

С помощью правовой традиции правовые ценности передаются из поколения в поколение, тем самым воспроизводя право того или иного общества в его уникальном своеобразии. Правовая

¹² Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 20.

* Сидорова Е.В. – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права Московского Университета МВД России.

традиция – это глубоко укоренившееся в сознании людей и исторически обусловленное их отношение к роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также к организации и функционированию правовой системы¹. Правовая традиция вбирает в себя все то, что накопило право на протяжении длительного периода развития. Любая реформа, проводимая без учета данного культурного компонента правовой системы, останется нереализованной, а ее цели не будут в полной мере достигнуты, в силу того, что она не будет соответствовать духовным основам общества.

В качестве универсального начала практически в любой политico-правовой традиции выступают базовые общечеловеческие ценности. Они не зависят от изменений политической, социальной, экономической среды. Их наличие обусловлено самим фактом существования общества как формы совместного сосуществования людей. К ним можно отнести – жизнь и здоровье личности, безопасность, благосостояние, прогресс, легитимность, легальность, свободу и равенство. В основе данного выделения, на мой взгляд, была положена классификация общественных интересов, данная Р. Паундом, который в качестве последних выделяет: общую безопасность, безопасность социальных институтов, общую мораль, защиту общественных ресурсов от расточительства, общего прогресса и защиту человеческой жизни.

Базовые ценности характеризуют не только современную, но и любую эпоху, имея различные смысловые оттенки, в зависимости от типа общественного устройства, проявления в нем индивидуального или коллективного начала. Так или иначе, можно выделить набор фундаментальных ценностей, которые находят проявление в любом типе общественного устройства и характеризуют социум как таковой. Базовые ценности неизменяемы. Они сохраняют культурные феномены, к которым относится и право.

Правовые традиции отличаются неповторимостью черт, обусловленных спецификой генезиса и развития права. Различие правовой психологии народов во многом зависит от того, каковы были господствующие способы правообразования в его прошлом. У каждого народа оно происходило в форме обычая, законодатель-

¹ Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М., 2002. С. 61.

ства и судебных решений². Так, в континентальном праве ценность закона вызревала веками, и на современном этапе находит отражение в таких его признаках, как доступность, всеобщность и др. Содержанием российской правовой традиции является такая правовая ценность, как обычай. Отечественное право формировалось преимущественно как обычное право. Данный источник права был не только легитимным, но и имел определяющее значение при разрешении тех или иных правовых споров. В основе правовой традиции Англии правовыми ценностями являются обычай и прецедент. Право формируется в самой жизни, вызревает из нее, формируется как следствие необходимости, нужности.

В правовой традиции находят отражение ценности правовой практики. В первую очередь это касается непосредственно право-реализационного процесса. Ценности выступают как внутренние основания выбора целей и средств деятельности, ранжирования потребностей и возможностей субъекта. Ценности сложным опосредованным образом включены в процесс детерминации деятельности субъекта. Так, господствующим способом правового регулирования в отечественной правовой традиции является обязывание. В обязывании индивид видит значимость, обусловленную сложившимися условиями и необходимую для существования порядка. Это обусловлено воздействием на правовое сознание моральных и религиозных императивов. Природа обязывания лежит в феномене долженствования, что отражает свойственное российскому правосознанию завышенное требование к правовой реальности в целом, к правовому существу, к любому правовому деянию. Для западного права правовой ценностью является дозволение. Это следствие формирования прав человека, следствие борьбы за каждую возможность, следствие многочисленных усилий общества по их защите и обеспечению.

Особенность отечественной правовой традиции определяется приоритетом коллективистского начала над индивидуальным. В религиозно-нравственном сознании оно закрепилось как идея сорбонности, освящающая возвышенное идейное и практическое единение людей. Фактическая незначимость индивидуального момента компенсируется всемерным возвышением общего, как чего-то тако-

² Гинс Г.К. Право и культура / Науч. ред.: Баранов В.М. М., 2012. С. 96.

го, что качественно отлично, более существенно и самостоятельно по отношению к человеку и единственno достойно поддержания, защиты, оправдания. Поэтому определяющими являются ценности группового права. Общественная цель предстает как то, что в состоянии единить людей на благо общества. Само благо представляется собой образ будущего, того, что является достойным и необходимым предметом желания. В этой общей устремленности на цель ценность всякого конкретного усилия оказывается недостаточной и требующей умножения в совместности усилий людей. Общественное благо является правовой ценностью. Оно достигается не вследствие целенаправленного единения людей на общее дело, а как бы само собой, в стихии социальных связей людей. Данный факт предопределяет значимость публично-правовых начал, находящих объяснение и понимание на уровне общественного правосознания. Это отличает российскую правовую традицию от западной, где в праве, равно как и в иных сферах общественной жизни, доминирует частный интерес. В свою очередь в западном праве это предрекло господство частного права и как следствие формирование таких правовых ценностей, как договор, право человека и др.

Наличие тех или иных правовых ценностей предопределяет доминирующие способы разрешения правовых конфликтов. Так, если в обществе сформировано отношение значимости договорного разрешения правовых ситуаций, высока роль альтернативных процедур (например, заключение мировых соглашений или процедура медиации). При этом определяющими условиями в данном процессе являются обеспечительные механизмы договорного урегулирования. В российской правовой традиции неформальные процедуры имеют большое значение, но в силу их необеспеченности в государственном праве на современном этапе они фактически не используются. В основном они воплощаются в рамках тех или иных видов группового права, в частности теневого, что в целом негативно воздействует на всю правовую систему. На уровне обычного права такие договоренности так же продолжают действовать и имеют определяющее значение в правовой действительности.

В правовой традиции Англии правовой ценностью является сам суд, и, как следствие, те решения, которые выносит данный правоприменительный орган. Если суд является правовой ценностью, то это предопределяет значимость судебной процедуры, равно

как и выносимых правоприменительных решений, что в целом характеризует многие правовые системы англо-саксонской семьи права. В правовой традиции Англии приоритетными являются процессуальные нормы.

Характерной особенностью формирования фактически всей системы правовых ценностей отечественной правовой традиции является связанность правосознания с моральным и религиозным сознанием. В современном обществе, в связи с усилением позиций государства, религиозное влияние меняется на влияние политическое.

Фактическая формальность общественного права, усугубляемая правом юридическим, находит свой противовес в подчеркнутой содержательности правовых ценностей. Поскольку фактическая формальность права является средством обезличивания, она, тем самым – в контексте российской духовности – актуализирует требовательность к содержательности правовой жизни. Этот содержательный компонент выражен и в такой правовой ценности, как порядок. Основой порядка выступает моральное основание – гармония. Гармония есть признание ограниченности, а не просто рациональности правовых отношений между людьми, т.е. такого порядка правовой жизни, который сохраняет известные зазоры в нормативно-предписывающем строе общества, позволяющие человеку каждый раз вступать в правовое отношение как, в известной мере, в заново решаемую проблему. В таком подходе к порядку заложена трудность его воспроизведения. На Западе формальность актуализирует требовательность к снятию содержательности в правовой жизни. Поэтому ценностное значение приобретают обезличенные процедуры, приводящие к порядку.

Для российской правовой традиции характерна определенная содержательная двойственность. С одной стороны, ее уникальность в самобытности, с другой стороны, – чреда заимствований различных правовых институтов заложила определенный ценностный фундамент. При этом заимствования, которые прижились в отечественном праве, так или иначе соотносились с ценностным строем права и не противоречили ему. Российская правовая традиция имеет самые различные духовные и материальные источники: западные, восточные, греческие, римские, семитские, тюркские и т.д., которые, сплавляясь в этом огромном духовном потоке, сохраняют, однако, исходный духовный стержень, делающий ее неповторимой по сравнению с другими культурами.

Таким образом, правовые традиции являются одной из форм отражения ценностного строя права в действительности. В них находят выражение наиболее значимые необходимые смыслы существования права как важнейшего социального института. В правовых традициях проявляется отношение субъектов правового общения к основным правовым институтам и средствам. Основой или ориентиром данного процесса являются правовые и общечеловеческие ценности, которые составляют ядро правовой культуры каждого конкретного общества.

*А.А. Подмарев **

КАТЕГОРИЯ «ТРАДИЦИЯ» В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ИНЫХ ОФИЦИАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Каждый человек, а также сообщества и группы людей (профессиональные, этнические, религиозные, возрастные, политические, территориальные, семейные и другие), в своей жизни, во взаимоотношениях в обществе следуют определенным правилам, которые принято именовать социальными нормами. Эти нормы, как отмечает Н.И. Матузов, могут быть правовыми, моральными, политическими, эстетическими, религиозными, семейными, корпоративными, а также нормами обычая, традиций, привычек, этикета, корректности, приличия, обрядов, ритуалов¹.

В научной и учебной литературе по теории государства и права одной из разновидностей социальных норм считаются традиции. Этот термин встречается в нормативных правовых актах, решениях Конституционного Суда РФ, посланиях Президента РФ Федеральному Собранию РФ, других официальных документах. Что же представляют собой традиции и чем они отличаются от

* **Подмарев А.А.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Российского университета дружбы народов.

¹ См.: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов: СВШ МВД РФ, 1995. С. 251.

других социальных предписаний? Что понимают под традициями государственные органы? Какую роль в регулировании общественных отношений отводят традициям федеральный законодатель? Для того, чтобы ответить на эти вопросы, прежде всего необходимо обратиться к значению слова «традиция».

Открыв толковый словарь русского языка, мы увидим, что слово «традиция» имеет несколько значений: 1) то, что перешло от одного поколения к другому, что унаследовано от предшествующих поколений (например, идеи, взгляды, вкусы, образ действий, обычаи); 2) обычай, установившийся порядок в поведении, в быту².

Т.Н. Радько, рассуждая о социальных нормах, действующих в обществе, относительно традиций пишет следующее: «Очень близки к обычаям нормы традиций. Принципиальных различий между обычаями и традициями не так много. Разница содержится в деталях. Из многих традиций впоследствии сформировались обычая, и наоборот. Традиции более широкие, менее четкие правила, нежели обычая. В качестве традиций выступают идеи, взгляды, общезначимые социальные ценности, установки, образцы поведения, которым необходимо следовать. Например, проведение военного парада в Москве в день Победы 9 мая. Это не обычай, а традиция»³.

Традиции, как и обычай, представляют собой сложившиеся и повторяемые в течение длительного времени правила поведения, но в отличие от обычаем имеют более широкое, не всегда конкретное, детальное содержание, и в большинстве случаев существуют на уровне принципа, правила поведения общего характера (например, традиция парламентаризма, традиция многопартийности, традиция сильного государства, традиция гармонизации межнациональных отношений в России, традиция уважительного отношения к родителям). Традиции «образуются в результате одобрения отдельными коллективами, группами людей, дают общую линию поведения»⁴. Традиции также являются способом закрепления и

² См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4 изд., дополненное. М.: А ТЕМП, 2006. С. 807.

³ Радько Т.Н. Теория государства и права: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2009. С. 277.

⁴ Усманова Р.М. Традиции как социальные регуляторы общественных процессов // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 3. С. 13.

передачи положительного, одобряемого всем обществом или его частью, отношения к общенациональным, религиозным, культурным и иным событиям или действиям.

Термин «традиция», а чаще «традиции», достаточно часто используется в российском законодательстве и в иных официальных документах.

Статья 131 Конституции РФ 1993 г. устанавливает: «Местное самоуправление осуществляется в городских, сельских поселениях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций».

По меньшей мере, в 30 федеральных законах есть упоминание о традициях. Анализ федеральных законов показывает нам, что законодатель считает, что существуют традиции народов Российской Федерации⁵; традиции граждан различных этнических общностей, национальные традиции⁶; традиции российской высшей школы⁷; традиции человеческого общежития⁸; воинские традиции⁹; местные традиции¹⁰; религиозные традиции пациента и благородные традиции медицины¹¹; исторические, национальные, религиозные, культурные традиции народов¹²; традиции в погре-

⁵ См.: п. 11 ч. 1 ст. 31.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» от 12.01.1996 г. № 7-ФЗ (в ред. от 11.02.2013 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

⁶ См.: Ст. ст.2 и 4 Федерального закона «О национально-культурной автономии» от 17.06.1996 г. № 74-ФЗ (в ред. от 09.02.2009 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2965.

⁷ П. 3 ч. 1 ст. 2 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» от 22.08.1996 г. № 125-ФЗ (в ред. от 03.12.2011 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 35. Ст. 4135. Утратил юридическую силу.

⁸ Ст. 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ (Федеральный закон от 08.01.1997 г. №1-ФЗ (в ред. от 30.12.2012 г.) // Собрание законодательства РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

⁹ Ч. 9 ст. 19 Федерального закона «О статусе военнослужащих» от 27.05.1998 г. №76-ФЗ (в ред. от 30.12.2012 г.) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 22. Ст. 2331.

¹⁰ Ч. 4 ст. 14.1 Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ» от 24.07.1998 г. № 124-ФЗ (в ред. от 03.12.2011 г.) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3802.

¹¹ Ст. ст.6 и 71 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан РФ» от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 25.06.2012 г.) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹² Ст. 48 Федерального закона «Об образовании в РФ» от 29.12.2012 г. № 273-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

бении умерших¹³; исторические, национальные и иные традиции субъектов РФ¹⁴.

По мнению Конституционного Суда РФ существуют исторические и этнические традиции¹⁵; национальные, религиозные, ритуальные традиции¹⁶; традиции демократии и парламентской деятельности¹⁷.

В указах и посланиях Президента РФ говорится о гуманистических традициях российской науки¹⁸; боевых традициях¹⁹; тради-

¹³ Федеральный закон «О погребении и похоронном деле» от 12.01.1996 г. № 8-ФЗ (в ред. от 28.07.2012 г.) определяет погребение как «обрядовые действия по захоронению тела (останков) человека после его смерти в соответствии с обычаями и традициями, не противоречащими санитарным и иным требованиям» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 146.

¹⁴ «Наименование законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ, его структура устанавливаются конституцией (уставом) субъекта РФ с учетом исторических, национальных и иных традиций субъекта РФ» (ч. 2 ст. 4). «Наименование должности высшего должностного лица субъекта РФ (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) устанавливается конституцией (уставом) субъекта РФ с учетом исторических, национальных и иных традиций данного субъекта РФ» (ч. 6 ст. 18). «Наименование высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ, его структура, порядок его формирования устанавливаются конституцией (уставом) и законами субъекта РФ с учетом исторических, национальных и иных традиций субъекта РФ» (ч. 3 ст. 20) / Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» от 06.10.1999 г. № 184-ФЗ (в ред. от 25.12.2012 г.) // Собрание законодательства РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

¹⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.11.1995 г. № 15-П по делу о толковании части 2 статьи 137 Конституции РФ // Собрание законодательства РФ. 1995. № 49. Ст. 4868.

¹⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 28.06.2007 г. № 8-П по делу о проверке конституционности статьи 14.1 Федерального закона «О погребении и похоронном деле» и Положения о погребении лиц, смерть которых наступила в результате пресечения совершенного ими террористического акта, в связи с жалобой граждан К.И. Гузиева и Е.Х. Кармовой // Собрание законодательства РФ. 2007. № 27. Ст. 3346.

¹⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.12.2012 г. № 34-П по делу о проверке конституционности положений пункта «в» части первой и части пятой статьи 4 Федерального закона «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Собрание законодательства РФ. 2013. № 1. Ст. 78.

¹⁸ См.: Указ Президента РФ «О доктрине развития российской науки» от 13.06.1996 г. № 884 (в ред. от 23.02.2006 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 3005.

¹⁹ См.: Указ Президента РФ «О Боевом знамени воинской части» от 18.12.2006 г. № 1422 // Собрание законодательства РФ. 2006. № 52 (ч. 3). Ст. 5564.

циях российской культуры²⁰; патриотических традициях²¹; российской парламентской традиции²²; великих традициях российского предпринимательства²³.

Из актов Правительства следует, что существуют традиции российских немцев²⁴, культурно-исторические традиции казачества²⁵, русские традиции²⁶, духовно-нравственные традиции семейных отношений²⁷.

Как мы видим, в приведенных нормативных правовых актах и других официальных документах под традициями понимаются некие исторически сложившиеся регуляторы поведения людей (групп людей, коллективов) в обществе, но из них нельзя узнать, какие же конкретно правила поведения людей и их групп мы можем идентифицировать как традиции. В некоторых случаях законодатель или иной правотворческий орган поясняет, в чем заключаются традиции.

²⁰ Указ Президента РФ «О реализации Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в РФ соотечественников, проживающих за рубежом» от 14.09.2012 г. № 1289 // Собрание законодательства РФ. 2012. № 38. Ст. 5074.

²¹ См.: Указ Президента РФ «Об утверждении Положения о военных комиссариатах» от 07.12.2012 г. № 1609 // Собрание законодательства РФ. 2012. № 50 (ч. 5). Ст. 7017.

²² «Российская парламентская традиция фактически начала складываться после принятия Декларации о государственном суверенитете России. Она была развита в новой Конституции и в ходе работы Государственной Думы созывов 93-го и 95-го годов» / Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «Россия на рубеже эпох (о положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» от 30.03.1999 г. // Российская газета. № 60. 31.03.1999.

²³ Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 16.05.2003 г. // Российская газета. № 93. 17.05.2003.

²⁴ Постановление Правительства РФ «О федеральной целевой программе «Социально-экономическое и этнокультурное развитие российских немцев на 2008–2012 годы»» от 05.03.2008 г. № 142 // Собрание законодательства РФ. 2008. № 11 (ч. 1). Ст. 1022.

²⁵ См.: Постановление Правительства РФ «О федеральной целевой программе «Русский язык» на 2011–2015 годы» от 20.06.2011 г. № 492 // Собрание законодательства РФ. 2011. № 26. Ст. 3815.

²⁶ См.: Постановление Правительства РФ «О федеральной целевой программе “Развитие внутреннего и въездного туризма в РФ (2011–2018 годы)”» от 02.08.2011 г. № 644 // Собрание законодательства РФ. 2011. № 34. Ст. 4966.

²⁷ См.: Постановление Правительства РФ «О государственном докладе о положении детей и семей, имеющих детей, в РФ» от 28.03.2012 г. № 248 // Собрание законодательства РФ. 2012. № 14. Ст. 1648.

Например, преамбула Федерального закона «Об увековечении победы советского народа в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» указывает на традиции народов России хранить и беречь память о защитниках Родины, тех, кто отдал свои жизни в борьбе за ее свободу и независимость²⁸.

Конституционный Суд РФ считает, что некоторых государствах существуют развитые традиции религиозной терпимости и плюрализма²⁹.

В указах Президента РФ констатируется, что в России существуют многовековые традиции культурного взаимодействия, в частности межславянские связи, а также связи славянской, тюркской, кавказской, финно-угорской, монгольской и иных культур, в рамках общего евразийского этнокультурного пространства³⁰; традиции престижа труда ученого и педагога³¹; исторические традиции солидарности и взаимопомощи народов России, многовековые российские традиции гармонизации межнациональных (межэтнических) отношений³².

Из посланий Президента РФ Федеральному Собранию РФ можно узнать, что для России характерны традиции диалога различных религий³³, народоправства³⁴, правового нигилизма³⁵, сильного государства³⁶.

²⁸ См.: Федеральный закон «Об увековечении победы советского народа в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» от 19.05.1995 г. № 80-ФЗ (в ред. от 09.02.2009 г.) // Собрание законодательства РФ. 1995. № 21. Ст. 1928.

²⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2004 г. №18-П по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона «О политических партиях» в связи с запросом Коптевского районного суда города Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации «Православная партия России» и граждан И.В. Артемова и Д.А. Савина // Собрание законодательства РФ. 2004. № 51. Ст. 5260.

³⁰ Указ Президента РФ «Об Основных положениях региональной политики в РФ» от 03.06.1996 г. № 803 // Собрание законодательства РФ. 1996. № 23. Ст. 2756.

³¹ См.: Указ Президента РФ «О Стратегии национальной безопасности РФ до 2020 года» от 12.05.2009 г. № 537 // Собрание законодательства РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

³² См.: Указ Президента РФ «О Стратегии государственной национальной политики РФ на период до 2025 года» от 19.12.2012 г. № 1666 // Собрание законодательства РФ. 2012. № 52. Ст. 7477.

³³ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «Об укреплении Российского государства (Основные направления внутренней и внешней политики)» от 24.02.1994 г. // Российская газета. № 38. 25.02.1994.

Президент РФ Б.Н. Ельцин говорил о новых политических традициях: «1997 год стал поворотным в установлении новых для нас консолидирующих политических традиций. Прежде всего это проявилось в новых формах политического согласования позиций по принципиальным вопросам развития страны. Среди них – консультации главы государства с лидерами депутатских фракций и групп, совещания Президента с руководителями законодательной и исполнительной ветвей власти («совет четырех»), Круглый стол для обсуждения наиболее острых проблем и другие»³⁷.

Президент РФ В.В. Путин, например, считает, что в других странах есть вековые традиции парламентаризма и многопартийности³⁸ и что традицией являются ежегодные послания Президента РФ Федеральному Собранию РФ³⁹.

Правительство РФ подчеркивает, что в России существует традиция уважительного и бережного отношения к родителям⁴⁰.

Уполномоченный по правам человека в РФ отмечает, что для России характерны традиции патернализма и чинопочитания⁴¹.

В некоторых документах мы можем встретить признание существования в России определенных правовых традиций. Например, важнейший источник права в России – внутригосударственный закон⁴²; основной источник частного права – гражданский кодекс⁴³.

³⁴ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 23.02.1996 г. // Российская газета. № 39. 27.02.1996.

³⁵ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 05.11.2008 г. // Российская газета. №230. 06.11.2008.

³⁶ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 12.12.2012 г. // Российская газета. № 287. 13.12.2012.

³⁷ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ «Общими силами – к подъему России (о положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» от 17.02.1998 г. // Российская газета. № 36. 24.02.1998.

³⁸ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 08.07.2000 г. // Российская газета. № 133. 11.07.2000.

³⁹ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 26.04.2007 г. // Российская газета. № 90. 27.04.2007.

⁴⁰ См.: Распоряжение Правительства РФ «Об утверждении государственной программы РФ «Социальная поддержка граждан»» от 27.12.2012 г. № 2553-р // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 8054.

⁴¹ См.: Доклад Уполномоченного по правам человека в РФ за 2007 год // Российская газета. № 55. 14.03.2008.

⁴² «Следуя отечественной традиции, мы признаем важнейшим, хотя и не единственным, источником права на территории РСФСР внутригосударственный

Таким образом, мы видим, что категория «традиция» в российском законодательстве и иных официальных документах используется для обозначения: 1) исторически сложившихся в определенной человеческой общности (национальной, религиозной, территориальной, профессиональной, возрастной, семейной или иной) правил поведения; 2) повторяющегося в течение длительного времени акта сохранения и передачи накопленного положительного опыта в какой-либо сфере человеческой деятельности, который должен служить примером для нескольких поколений людей; 3) вспомогательного по отношению к законодательству социального регулятора, в частности, в сфере конституционного права; 4) устойчивого убеждения общества о необходимости существования определенных государственных и правовых институтов (например, конституции, парламента).

*Е.А. Уварова**

ВОПРОС ФОРМИРОВАНИЯ ПРИНЦИПОВ И НОРМ ПРАВА В ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Традиционным для отечественной правовой системы долгое время оставался взгляд, согласно которому правообразование начинается с формирования общих правил поведения на основании многократного повторения конкретных общественных отношений, которые в последующем, с признаком им государством юридической формы, получают статус норм права. Следование ему приво-

закон в широком смысле этого понятия» / Постановление ВС РСФСР «О Концепции судебной реформы в РСФСР» от 24.10.1991 г. №1801-1 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

⁴³ «Частное право в России, исходя из ее исторических правовых традиций, должно иметь в качестве своего основного источника гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним другие акты гражданского законодательства» / Указ Президента РФ «О программе “Становление и развитие частного права в России”» от 07.07.1994 г. № 1473 // Собрание законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

* Уварова Е.А. – кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого».

дило к выводу о том, что принципы права появляются позже норм права, выступая лишь результатом обобщения накопленного опыта правового регулирования.

Утвердившимся в советской правовой традиции был подход, согласно которому принцип права не может существовать вне его закрепления в нормах права. Под принципами права обычно понимались лишь те основополагающие идеи, которые получили официальное закрепление в предписаниях законодательства. Логическим следствием стали утверждения о том, что принципы могут проявляться только в смысле положений нормативно-правовых актов, и в их число нельзя отнести руководящие идеи правосознания, получившие общественное признание и реализующиеся в правоотношениях, но не зафиксированные в нормативно-правовых актах¹. Среди отечественных ученых преобладало мнение о необходимости текстуального или содержательного закрепления принципов права в нормативно-правовых актах. Особенно сильным влияние этой традиции остается в отраслевых юридических науках².

Как представляется, сегодня формируется новый образ права, частью правовой традиции становится понимание того, что установление какого-либо правила регулирования общественных отношений направлено в первую очередь на защиту определенной ценности. Правило поведения возникает, будучи согласованным с принципами права, которые отражают признанные в обществе ценности. Таким образом, выдвигается требование о подчиненности правотворчества принципам права, направленности на закрепление отраженных в общественном сознании идей о справедливом правовом регулировании.

Принципы права – один из важнейших элементов любой правовой системы. От того, насколько они отражены в правовых нормах и в правоприменительной деятельности, во многом зависит эффективность правового регулирования. В течение долгого периода отечественной юридической наукой, рассматривавшей принципы исключительно как идеологическую составляющую права, отри-

¹ Смирнов О.В. Основные принципы советского трудового права. М., 1977. С. 210–211.

² Мохонько О. Роль і місце принципу змагальності у системі принципів кримінально-процесуального права // Підприємництво, гос-во і право. 2007. № 1. С. 121.

цалось их непосредственное регулирующее воздействие на общественные отношения, что в конце концов негативно повлияло на развитие национальной правовой системы. Проявлениями такого негативного воздействия стали несогласованность судебной практики, преимущественно формальный подход к решению юридически значимых вопросов. В связи с отсутствием устоявшейся практики оценки судами общей юрисдикции нормативно-правовых актов на предмет их соответствия основополагающим требованиям права нередки случаи применения неправовых предписаний. Это, наряду с социальными факторами, приводит к снижению уровня доверия населения к системе правосудия и непризнанию ценности права в целом.

Как справедливо указывает проф. М.В. Цвік, принципы следуют рассматривать не как привнесенные в правовую систему субъективные по своей природе идеи, а как имманентно ей присущие неоспоримые требования, познание которых связано с анализом самой сути права и закономерностей его развития³. Следует признать, что принципы права не существуют оторвано от правовой реальности, они возникают из нее, видоизменяются ней, формируют ее⁴.

В отличие от принципов, правовые нормы в процессе правообразования должны пройти этап правозакрепления – этап, на котором в процессе правообразования участвуют уполномоченные органы публичной власти, а значит – вносящий определенный элемент субъективности. Если правовые нормы не получают формальной определенности через закрепление в признанных государством формах, это приводит к недостаткам в правовом регулировании, к существованию пробелов в формальном праве. В отличие от норм права принципы права, чтобы иметь регулятивное значение, не обязательно должны получить формальную определенность.

Этот тезис постепенно становится элементом правовой традиции национальной правовой системы. Формируется признание того, что принципами права являются не только те положения, ко-

³ Цвік М.В. Методологічне значення принципів права / Проблеми методології сучасного правознавства. Матеріали конференції. 9–10 жовтня 1996 р. Київ. С. 34.

⁴ Андрійчук О. Роль комунітарних принципів у процесі застосування права ЄС // Юрид. журнал. 2007. № 3. С. 49.

торые закреплены в законодательстве и других источниках права, но и основополагающие идеи правосознания, получившие общее признание в деятельности органов правосудия, других субъектов внутригосударственного и международного права, несмотря на отсутствие их формальной фиксации в объективном праве.

Показательной в этом плане является мнение бывшего Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В.А. Туманова, который отметил явный пробел в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации» из-за отсутствия в нем принципов, на основе которых суд должен осуществлять прямое толкование Конституции. В.А. Туманов приходит к выводу, что к числу таких принципов должны быть отнесены принцип обеспечения прав и свобод человека и гражданина, принцип приоритета основ конституционного строя по отношению к другим положениям Основного Закона. Это пример проявления законодательно не закрепленных, но получивших фактическое признание в деятельности Конституционного Суда принципов официального толкования Конституции. Отсутствие необходимости формального закрепления для получения юридической силы позволяет принципам права своевременно реагировать на изменения в общественной жизни, обеспечивая тем самым динамичность правового регулирования⁵.

Признак большей по сравнению с нормами права объективности принципов права объясняется тем, что, в частности, с философской точки зрения правовые идеи и принципы являются исходным логически первым компонентом правовой реальности. Они – наиболее общее, абстрактное выражение сущности права, его «проект» или задача («регулятивная идея»), идеальный аспект бытия права, его форма (в аристотельском смысле). Принципы права пронизывают всю юридическую форму общественных отношений⁶.

Имея объективную основу, выражая потребности и интересы общества, принципы права находят и должны находить свое осуществление не только в своей юридической форме, но и в тех об-

⁵ Саменкова С.Е. К вопросу о нормативном закреплении принципов права // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. 2012. № 1. С. 204–206.

⁶ Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М., 1961. С. 149.

щественных отношениях, которые она опосредует. Только при реализации в действительных отношениях и реальных институтах принципы права сбрасывают свою правовую оболочку и воплощаются в фактический порядок отношений.

В то же время принципы права как регуляторы могут присутствовать в праве неявно, не будучи сформулированными отдельно и как бы растворяясь в нормах. Именно по той причине, что нормы права часто раньше принципов получают формальную определенность, проявлением отечественной правовой традиции стало представление о первенстве норм права и о производном характере принципов права по отношению к ним.

Однако такое представление не отражает действительного процесса формирования принципов и норм права. Ф.А. Хаек предлагает следующее научное объяснение данного тезиса: «Речь нередко оказывается неспособной выразить то, что вполне способен воспринять разум. И мы часто не можем передать с помощью речи то, что хорошо умеем применять на практике. Правила, которые управляют действиями, зачастую являются более абстрактными и общими, чем все, что когда-либо удавалось выразить с помощью языка. Таким абстрактным правилам человек учится, подражая конкретным действиям и усваивая «по аналогии» способность действовать в других случаях согласно тем же принципам, но сформулировать их как принципы он не может»⁷.

Для современного человека убеждение в том, что все законы, управляющие человеческой деятельностью, представляют собой продукт законодательства, кажется таким очевидным, что утверждение о том, что право исторически старше законотворчества, имеет для него характер почти парадокса. Однако не может быть сомнения в том, что право существовало уже целую вечность, прежде чем человеку пришло в голову, что он может его создавать или изменять⁸.

Для понимания процесса постепенного формирования правил, которым подчинялись в течение длительного времени, важно помнить, что абстрактные понятия являются отнюдь не продуктом

⁷ Хайек Ф.А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії: В 3-х т. / Пер. з англ. К., 1999. Т. I: Правила та порядок. С. 112.

⁸ Там же. С. 106–107.

речи и усваивались умом задолго до того, как он создал тот или иной язык. Поэтому проблема происхождения и функций этих правил, направляющих как мысли, так и поступки людей, полностью отлична от вопроса, каким образом они начали приобретать словесную форму. Как справедливо подчеркивается в литературе, реализация природных потребностей путем создания разумных правил поведения не может проявиться сразу на уровне абстрактного мышления. Человеку для выживания нужна была предсказуемость правил поведения, стабильность существования самого человека. Этой потребности должны подчиняться все правила поведения. Таким образом, стремление к выживанию трансформировалось в принцип правовой определенности⁹. А вот способность человека к абстрагированию, развивающаяся вместе с ним, позволяет обобщать и формулировать нормы, которые уже упорядочили его жизнедеятельность¹⁰.

Объективный характер принципов права дает основания для вывода об аксиоматическом приоритете принципов над нормами права, из которого следует, что нормы формируются под влиянием того или иного принципа или группы принципов, охватываются их содержанием и не должны им противоречить. Так, в одном из своих решений Конституционный Суд Украины указал, что право на апелляционное и кассационное обжалование постановлений суда, даже в ситуации отсутствия нормы, которая бы такое право закрепляла, является проявлением права на судебную защиту, что в свою очередь требует гарантировать равенство всех участников судебного процесса перед законом и судом. «Это требование является производным из общего принципа равенства граждан перед законом, закрепленного частью первой статьи 24 Основного Закона Украины»¹¹.

⁹ Дедов Д.И. Юридический метод: научное эссе. М., 2008. С. 3.

¹⁰ Мурашко Л.О. Начальные виды социальной нормативности // Журнал российского права. 2002. № 2. С. 83.

¹¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Шаповалова Олексія Леонідовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 20 частини першої статті 106, частини першої статті 111-13 Господарського процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої статті 129 Конституції України від 25 квітня 2012 року № 11-рп/2012 // Електронний доступ: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=178867>.

Следовательно, правовые нормы являются обычно лишь различными проявлениями действия принципов, средствами их конкретизации. Однако в некоторых случаях, специально предусмотренных законом, нормы права могут устанавливать исключения из принципов – ради других принципов права, соблюдение которых в этой ситуации имеет больший общественный интерес. Так, отдельные нормы процессуальных кодексов могут как исключение из принципа гласности устанавливать особенности закрытого судебного разбирательства для обеспечения прав человека. Исключением из принципа свободы договора является норма, предусматривающая заключение договоров по государственному заказу. Примером установления исключения из принципов может быть исключение из принципа неприкосновенности права частной собственности и недопустимости противоправного лишения такого права. Таким исключением является допустимость принудительного отчуждения объектов права частной собственности по мотивам общественной необходимости, на основании и в порядке, которые установлены законом, и при условии предварительного и полного возмещения их стоимости (п. 5 решения Конституционного Суда Украины по делу по конституционному представлению 48 народных депутатов Украины относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) положений статей 1, 2, 4, 6 Закона Украины «О передаче коллекции изобразительного искусства Акционерного общества «Градобанк» в государственную собственность», постановления Верховной Рады Украины «О признании коллекции изобразительного искусства национальным достоянием Украины» в деле № 1-34/2008 от 16 октября 2008 № 24-рп/2008).

На рассматриваемую особенность действия принципов права обращал внимание Е.В. Васьковский, указывая на то, что определенные отношения могут быть в порядке исключения выведены законодателем из-под действия принципов права¹². В то же время нельзя не учитывать: определенные отношения могут быть выведены из сферы действия близких по содержанию принципов права, однако не может быть исключений из общих принципов права. Установление исключений из действия принципов права не влияет

¹² Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 229.

на их природу. Главное, чтобы исключения не приобретали такого же значения как и сам принцип, не меняли его сущности¹³.

Последней стадией формирования принципа права является его признание участниками общественных отношений, подлежащих правовому регулированию. В этой связи Т.Г.С. Аллан подчеркивает, что принципы должны совпадать с пониманием широкой общественностью категорий «правильно» и «неправильно»: общее право, несмотря на то, что его артикулируют судьи, должно в идеале очерчивать поле правового согласия всех членов сообщества, согласованное с их пониманием общественного блага¹⁴. И это понимание становится частью национальной правовой традиции.

*М. Ю. Спирин**

ТИП ВОСПРИЯТИЯ ИСТОЧНИКА ПРАВА КАК ВАЖНЫЙ ФАКТОР ВЫДЕЛЕНИЯ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ И ГРУПП ПРАВОВЫХ СИСТЕМ В ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ И СРАВНИТЕЛЬНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Вопрос о категории «источник права» имеет равновеликое теоретическое и компартивное значение. С философско-правовой точки зрения данная категория традиционно рассматривается в качестве методологической и гносеологической основы существования современного внутригосударственного права, при этом тип правопонимания исследователя определяет содержание самой этой категории: выступает ли она синонимом формального средства содержания правовых норм (юспозитивизм) либо рассматривается в образе первоосновы последующего нормативного регулирования (юснатурализм).

¹³ Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. М., 2009. С. 38.

¹⁴ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / Пер. з англ. Р. Семківа. К., 2008. С. 32.

* Спирин М.Ю. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права, международного права юридического факультета Самарского государственного университета.

Сравнительная юриспруденция также уделяет внимание данной категории как критерию (фактору) выделения основных групп национальных правовых систем и анализирует ее содержание на предмет сочетаемости с другими универсальными категориями юридической компаративистики (правовая традиция, правовая культура, стиль права)¹. В этом аспекте прав М.Н. Марченко, указывая, что от смысла, вкладываемого в понятие и содержание категории «источник права» в различных правовых системах, «зависит сама возможность, а вместе с ней и успешность их сравнительного исследования»².

Французская юридическая мысль XX века обобщила различные варианты восприятия этой категории в два понятия: «содержательный источник права» и «формальный источник права» и, по сути, сделала вывод о том, что первое понятие является объектом исследования философии и социологии права, а второе – выступает средством познания современного позитивного права через методологию общей теории права³. Содержательный источник права является одновременно источником права в материальном и идеологическом смыслах, «фактором, который влияет на формулирование правовых норм»⁴, в том числе – в различных национальных правовых системах.

Таким образом, как для теоретической, так и для сравнительной юриспруденции категория «источник права» имеет важное познавательное и классификационное значение. Данная категория позволяет анализировать возможные варианты развития как любой национальной правовой системы, так и глобальные перспективы существования основных групп данных систем и появления на пересечении (стыке) данных групп новых вариантов смешанного пра-

¹ Природа источника права, способы его социального восприятия и профессионального толкования рассматриваются в качестве одного из важнейших критерии при осуществлении практически всех известных классификаций групп правовых систем. См. аналитический обзор М.В. Захаровой: *Захарова М.В. Сравнительное правоведение: вопросы теории и практики*. М., 2013. С. 38–45.

² См.: *Марченко М.Н. Источники права*. М., 2005. С. 3, 30.

³ См.: *Бержель Ж.-Л. Общая теория права*. М., 2000. С. 97; *Roubier P. L'ordre juridique et la theorie des sources du droit* (in *Roubier P. Le droit prive francais au milieu du XX siecle*. Р., 1950. Т. I. Р. 9).

⁴ *Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права*. М., 2011. С. 24–26.

ва. Примечательным в этом отношении является замечание К. Цвайгера и Х. Кётца о том, что «учение об источниках права играет относительно скромную роль для сравнительно-правовых исследований вообще и теории правовых семей в частности»⁵. Источники права и методы их толкования как стилемобразующие факторы, по мнению этих компаративистов, «должны привлечь значительно более пристальное внимание»⁶.

Как известно, категория «источник права» рассматривается научным сообществом для объяснения внешних форм выражения действующего права, а также – понимания основных путей правообразования. Как отмечал в свое время А. Ф. Шебанов, «содержание вопроса об источниках права имеет две стороны: с одной стороны, это вопрос о силе, создающей право, с другой – вопрос о силе, придающей праву общеобязательный характер»⁷. Следовательно, типология восприятия данной категории серьезно влияет на общую картину построения и функционирования правовой системы каждого общества. При этом очевидно, что формулирование каждого типа восприятия не является уделом «кабинетных учёных», а выступает важным элементом складывающейся системы правотворческой и правоприменительной практики, процедур толкования права и форм систематизации его элементов.

Римские юристы лишь перечислили формально-юридические источники, но не создали саму категорию и, естественно, не раскрывали ее содержание. Как справедливо утверждал Ф. К. фон Савинни, «это перечисление, полностью отвечающее их (римлян – М.С.) практическому духу, носит характер рекомендации для судьи – к чему ему следует обратиться с целью получения наставления по какому-либо правовому вопросу»⁸. При этом ведущие римские юристы создали весьма точную классификацию таких практико-ориентированных источников в виде отражения их разновидностей в *jus scriptum* и в *jus non scriptum*. Такой тип восприятия источника права был весьма характерен для соответствующей эпохи, когда *a priori* не существовало правовых систем, равных

⁵ Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право в 2 т. М., 2011. С. 80.

⁶ См. там же. С. 75–76, 80.

⁷ Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 32.

⁸ Савинни Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М., 2011. С. 332.

римскому праву по своему значению и регулятивным возможностям.

Формирование конкурирующих типов восприятия категории «источник права» происходит в период становления национальных правовых систем Европы и Северной Америки. Так, основатель исторической школы права Ф.К. фон Савиньи в 40-е гг. XIX в. в качестве источников права указывал на «основания возникновения общего права, т.е. как самих институтов права, так и отдельных правовых норм, образованных из них путем абстракции»⁹. Известный представитель скандинавской реалистической юриспруденции XX в. Альф Росс определил источник права как «основание познания чего-либо в качестве права»¹⁰. Современный французский исследователь Ж.-Л. Бержель, соглашаясь со своим соотечественником Ж. Рипером, полагает, что источники права (*sources du droit*) как причины происхождения юридических правил – это «прежде всего «созидательные силы права», составляющие его содержательные (сущностные) источники, и называются они так потому, что обеспечивают нормы материальной основой»¹¹. В качестве таких «созидательных сил» французские исследователи воспринимают коллективную волю общества, которая «независимо от способов ее выражения является единственным настоящим источником права».

Немецкоязычная теоретическая юриспруденция исходит в настоящее время из того, что термин «источник права» (*Rechtsquelle*) необходимо понимать в трех различных смыслах: 1) как источник, создающий (вырабатывающий, производящий) право (*Rechtserzeugungsquelle*), который охватывает как само социальное поведение лиц, так и представления этих лиц о таком поведении, определяющие качества возникающего права; 2) как источник ценности (средство оценки) права (*Rechtswertungsquelle*), который включает в себя такие универсальные атрибуты, как справедливость или свободу; 3) как источник правового опыта (познания права) (*Rechtserkenntnisquelle*), который представляет собой ис-

⁹ Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М., 2011. С. 280.

¹⁰ Ross A. Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen. Leipzig u. Wien, 1929.

¹¹ Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 97.

точник права в формальном смысле слова¹². Таким образом, первый смысл категории «источник права» охватывается понятием «традиционное право», второй смысл данной категории имеет наибольшее значение в рамках права религиозной либо квазирелигиозной традиции, а третий смысл чаще других применяется для обозначения формального источника права в романо-германской правовой традиции, а также в традиции прецедентного права. Естественно, что между этими смыслами источника права отсутствует четко сформулированная граница.

Польская теория права также указывает на три значения категории «źródła prawa» («источники права»), однако в них легко угадываются очертания советской юридической трактовки: 1) źródła prawa w znaczeniu formalnym как т.н. «обязательные источники» – акты официального правотворчества, нормативные правовые акты; 2) źródła prawa w znaczeniu materialnym – условия социальной жизни, оказывающие влияние на формулирование и действие правовых норм; 3) źródła prawa w znaczeniu poznawczym как источники познания права посредством публикации в них аутентичных правовых норм (официальные средства опубликования нормативных правовых актов и других источников права в формальном значении)¹³. Аналогично этому в словацкой теоретической юриспруденции: prameň práva vo formálnom zmysle; prameň práva v materiálnom zmysle; prameň práva v gnozeologickom zmysle. При этом третье значение источника права может носить также исторический характер, указывая на памятники права в смысле тех источников, на основе которых сформировалась и действует современная правовая система.

В английском праве источник права понимается в качестве одного из путей, средств или способов формирования национальной правовой системы, который признается и используется судами¹⁴.

Американская социологическая юриспруденция предлагает особый взгляд на категорию «источник права»¹⁵. Специфика дан-

¹² Bühler Th. Rechtsquellentypen. Zürich, 1980; Bühler Th. Rechtsquellenlehre. Zürich, 1985; Baumann R. Der Einfluß des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung. Diss. Univ. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht. № 152. Zürich, 2002. S. 32–37; Rüthers B. Rechtstheorie. München, 2011.

¹³ Wielka encyklopedia prawa. Warszawa, 1999.

¹⁴ См.: Eddey K. English legal system. L., 1987. P. 113.

ного подхода заключается в том, что само право определяется не столько деятельностью государства, сколько интересами и действиями важнейших социальных групп; при этом формальные источники права наполняются социальным содержанием. Как пишет Г.А. Адыгезалова, «судебный прецедент рассматривается не как результат нормотворческих полномочий суда, а как утверждение приоритета определенных социальных интересов. Судья выполняет социальную функцию, выступая арбитром в конфликте социальных интересов, которые стоят за требованиями сторон. ... Между тем судьи связаны судебным прецедентом, а это означает, что прецедент обеспечивает некий определенный социальный интерес, признанный приоритетным в данном государстве в конкретный период времени»¹⁶. Таким образом, конструкция социального интереса, являясь по своей природе содержательным источником права, создает особый тип правовой традиции. В этом смысле основатель американской социологической юриспруденции Роско Паунд выделял три основных уровня системы источников права: 1) стандарты, постулаты цивилизованного общества, идеалы определенного места и времени; 2) интересы, которые стоят за правом и 3) совокупность правовых предписаний как тот властный, опорный материал, на основе которого разрешаются противоречия¹⁷. Очевидно, что для эффективного разрешения данных противоречий первый и второй уровни такой системы как содержательные (материальные и идеологические) источники права должны также осознаваться правоприменителями.

Таким образом, различные типы восприятия категории «источник права», находящиеся в зависимости от того, в какой системе правовых традиций воспитан тот или иной юрист, определяют необходимость их использования в качестве важного критерия (фактора) выделения данных правовых традиций и (опосредованно) тех основных групп национальных правовых систем, которые складываются на основе этих традиций.

¹⁵ См.: Богдановская И.Ю. Понятие источника права в правовой доктрине стран «общего права» // Право и политика. 2007. № 1. С. 72.

¹⁶ Адыгезалова Г.А. Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. СПб., 2012. С. 124.

¹⁷ Там же. С. 127.

Данные типы восприятия дают основание, во-первых, определять категорию «источник права» как фактор различия типов национальных правовых традиций только с конца XVIII – начала XIX вв. и, во-вторых, позволяют обосновать необходимость выделения трех основных типов правовых традиций в современном праве: субъективно-обычный тип (традиционное право), объективно-религиозный тип (религиозное право) и формально-догматический тип, в котором, исходя из восприятия и форм выражения основных социальных интересов в праве, могут быть выделены кодифицированный романо-германский и прецедентный подтипы. Здесь следует согласиться с В.П. Малаховым, что «для правовых систем континентального типа характерно главенство источников, имеющих документальное выражение и вследствие этого получающих законную силу. ... Для правовых систем ангlosаксонского типа характерно главенство источников, в которых непосредственно отражена духовная и деятельная правовая жизнь общества»¹⁸.

Исходя из вышесказанного, весьма важно при осуществлении классификаций групп правовых систем, как в теоретической, так и в сравнительной юриспруденции, исходить не только из формального характера, но также из качественного, содержательного значения действующих в этих правовых системах источников права, которые «сообщают правовым системам стабильность»¹⁹.

*B.B. Денисенко**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ И ЛЕГИТИМНОСТЬ ЗАКОНА

Правовые традиции в отечественной юриспруденции понимаются весьма широко и неопределенно. Под традициями многие ученые в своих публикациях понимают синоним категории «правовой обычай». Встречается и необоснованно широкая трактовка

¹⁸ Малахов В.П. Общая теория права и государства. К проблеме правопонимания. М., 2013. С. 92.

¹⁹ Там же.

* Денисенко В.В. – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета

рассматриваемой категории, когда традициями обозначаются любые явления в правовой системе, имеющие относительно устойчивый во времени характер. Представляется, что для конструктивного научного дискурса необходимым условием является конкретизация содержания термина «правовая традиция», без чего невозможно как теоретическое, так и практическое значение исследования. Прежде всего, ученому, приступившему к изучению данной проблематики, необходимо определиться по двум вопросам: во-первых, стоит ли он на позиции рационализма в оценке традиций; во-вторых, каковы критерии оценки государственной властью традиций в правовой системе. Первый вопрос видится принципиальным и базовым, ибо роль традиций в политико-правовых доктринах основанных на рационализме и не основанных на нем – диаметрально противоположна. В Новое время формируется так называемый «проект Просвещения», который представлял собой как раз замену Разумом (первоначально речь шла о естественном праве) традиций. В этот исторический период появляются и первые оппоненты рационализма. Самая известная фигура – это английский консерватор Эдмунд Берк, который указывал, что Возрождение с его стремлением заменить традицию и религию разумом, является источником социальных проблем.

Наиболее последовательно роль традиций и их постепенное устранение из правовой системы с позиций рационализма описал М. Вебер, который классифицировал право и правовые системы по мере увеличения в нем рационализма. Типология М. Вебера основана на следующих критериях. Прежде всего, все правовые системы различаются степенью формальности. Формальная правовая система характеризуется самодостаточностью правил и процедур, которые формируются внутри системы. Противоположная формальной системе – материальная, в которой для принятия решения используются критерии, внешние по отношению к праву, например, религиозные, этические или политические ценности. Также правовое мышление отличается степенью рациональности. По этому критерию выделяются рациональные и иррациональные системы. Рациональные – те, в которых принятие решений контролируется разумом и связано с общими правилами и принципами. Иррациональные правовые системы связаны с использованием средств, которые не контролируются разумом.

Все правовые системы прошлого и современности М. Вебер классифицировал по типам правового мышления¹ на: формальное иррациональное право; материальное иррациональное право; материальное рациональное право и формальное рациональное право. Формально иррациональное право, это, например, право примитивных обществ, когда обращаются к оракулам, или средневековое право, когда применялся «божий суд», ордalia и испытания поединком. Принятие решений не контролируется разумом, поэтому система называется М. Вебером иррациональной, но при этом сама процедура строго формализована, требует соблюдения деталей, например, процедура обращения к оракулу и соблюдения клятв. Даже небольшое отступление от процедуры влечет проигрыш дела. Здесь, таким образом, несмотря на формализованность процесса, невозможно предсказать заранее результат дела. Материально иррациональное право характеризует такие системы, где решения принимаются на индивидуальной основе и в каждом конкретном случае рассматриваются в свете конкретных этических, практических, политических факторов конкретных ситуаций.

М. Вебер называл такую процедуру «правосудием кади», когда решение принимается не на основе общих принципов, а в каждом случае по-разному, исходя из конкретных соображений. В этой правовой системе не делаются различия между правовыми и иными (политическими или нравственными) основаниями для принятия решений. Как и в предыдущей, в этой правовой системе право непредсказуемо. Третий тип – материально-рациональный тип мышления, в рамках которого используются общие правила, критерии, однако эти критерии внешние по отношению к праву, например, религиозные или моральные. В качестве примера М. Вебер приводил теократические правовые системы, имея в виду законотворчество правителя, направленное на осуществление «политики благоденствия». Такая система более предсказуема, чем вышеописанные, но так как она служит политическим или моральным целям, то зависит от воли правителя.

Наиболее предсказуемым М. Вебер считал четвертый тип права – формальное рациональное право, примером которого он

¹ Вебер М. «Объективность» социально-научного и социально-политического познания // Вебер М. Избранные произведения. М. С. 389.

считал немецкую правовую систему конца XIX в. Правовая мысль рациональна в той степени, в которой она опирается на общие правила, следя принципу: «Применять один и тот же критерий решения ко всем сходным случаям». По мнению немецкого ученого, никакая другая форма права, кроме формального рационального, не может быть основанием легитимности легального (бюрократического) господства². Все формы легального господства опираются на призыв к нормам, которые были сознательно установлены, обязательная сила которых порождается фактом их введения в соответствии с установленной процедурой. В традиционных обществах идея сознательно введенного закона является чуждой, так как люди подчиняются вечным неизменным правилам.

Применительно к харизматическому господству М. Вебер указывает, что бюрократическая власть или легальная власть «специфически рациональна в том смысле, что она связана правилами, поддающимися интеллектуальному анализу; в то время как харизматическая власть специфически иррациональна в том смысле, что она чужда всем правилам». Легитимность права, по М. Веберу, обусловлена определенным правовым мышлением, причем именно в современный исторический период право является основным нормативным элементом регулирующим общество. И здесь решающую роль играет особый рациональный тип правового мышления, обуславливающий легальный тип легитимности власти. В современности принуждение неизбежно принимает правовую форму, так как рынок разрушает социальную и культурную базу других форм контроля поведения – традиций и условностей. Но само право при этом должно обладать большой степенью предсказуемости³.

Взгляды М. Вебера оказали значительное влияние на дальнейшие разработки проблем рациональности и легитимности законов. Так, один из влиятельнейших социологов современности П. Бурдье писал, что вся жизнь западного человека основана на вере в формально-правовые установления. В основе доверия граждан западных демократий к институтам власти лежит, по сути, на-

² См.: Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Вебер М. Избранное: образ общества. М., 1994. С. 66.

³ Weber M. Economy and Society. Berkley, Calif., 1978. P. 656.

ивная вера в равенство перед политикой, которая предполагает покорную сдачу позиций и обеспечивает неограниченный кредит для партий и чиновников⁴.

В современной правовой действительности происходят такие процессы, как глобализация и следующие за ней последствия в виде увеличения количества законов (иногда это явление называют даже «правовым наводнением»), что приводит к уменьшению эффективности законов и ставит на повестку дня вопрос об обосновании права, легитимации в современный период или период постмодерна. Современные ученые-правоведы, стоящие на позициях рациональности, отрицают традиции. Так, юридический позитивизм, как классический так и современный, исходит из рациональной легитимности власти и права. С точки зрения позитивизма достаточно лишь легальной процедуры, и содержание норм будет не столь важным. Например, ещё Ганс Кельзен писал: «...Всякое произвольное содержание может быть правом»⁵.

Карл Шmittt обосновывал следующую позицию: «Позитивизация права означает, что для любых содержаний можно добиться легитимной действительности права, а именно – через решение, которое придает действенность праву и также может лишить его этой действенности. Позитивное право действительно в силу решения»⁶.

Такой же позиции придерживался и современный юрист и социолог Н. Луман, который писал о «легитимности через процедуру»: «Право определенного общества позитивируется, когда получает признание легитимность чистой легальности, т.е. когда право уважается потому, что оно устанавливается в результате принятия решений в соответствии с определенными правилами. Тем самым в центральном вопросе человеческого существования произвольность становится институтом»⁷.

Н. Луман отмечает: «Формальные процедурные правила являются достаточными в качестве легитимирующих предпосылок принятия решений и не требуют со своей стороны никакой дальнейшей легитимации. Ведь свою функцию абсорбирования безо-

⁴ Бурдье П. Социология политики. М., 1993. С.114.

⁵ Цит.: Алекси Р. Понятие и действительность права. М., 2011. С.3.

⁶ Цит.: Хабермас Ю. Проблемы легитимации позднего капитализма. М., 2010. С. 163.

⁷ Там же. С. 164.

пасности они и так выполняют: они соединяют неизвестность в отношении того, какое решение будет принято, с уверенностью в том, что вообще будет принято некоторое решение»⁸. По его мнению, «..бессмысленно ставить под сомнение фактическую веру в легитимность и притязание норм на значимость, в плане критикуемых оснований их значимости; скорее фикция, чем это возможно в определенном случае, является составной частью нормативных контрафактических ожиданий. Последние, в свою очередь, можно понять лишь в рамках функционалистской установки, т.е. рассматривая притязания на значимость как фундаментально необходимую иллюзию. Иллюзия, однако, не должна быть раскрыта, чтобы не была подорвана вера в легальность»⁹.

Теоретическое обоснование таких взглядов применительно к современному праву и государству восходит к работам М. Вебера, в которых он писал о «рациональном господстве», присущем именно современным государствам действующим на основании законов. Вера в легитимность в таких государствах сводится к вере в легальность. При этом должны действовать два условия: 1) нормативный порядок должен быть позитивно установленным; 2) участники правовых отношений должны верить в его легальность, т.е. в формально корректную процедуру правопроизводства и право-применения¹⁰.

Наряду с представленным выше позитивистским подходом в западной рациональной парадигме существует также иной взгляд на легитимность позитивного права. Он состоит в недостаточности наличия официальной процедуры для того, чтобы признать правовые акты государства легитимными. К данному взгляду можно отнести, помимо идей естественного права, так же теорию справедливости в праве (Дж. Роулз) и сторонников коммуникативной рациональности в праве (Р. Алекси, Ю. Хабермас).

Между тем все вышеперечисленные подходы объединяет вера в разум, который приходит на смену традиции. Этому типу научного сознания, который тесно связан с «Проектом Просвещения», противостоит другой, основанный на иррационализме. К та-

⁸ Цит.: Хабермас Ю. Проблемы легитимации позднего капитализма. М., 2010. С. 185.

⁹ Там же. С. 187.

¹⁰ Там же. С. 162.

кому подходу можно отнести, например, религиозные правовые теории, которые говорят о сакральной сущности права. Так же следуют упомянуть антропологию права связанную с юридическим постмодернизмом¹¹. Поэтому главный вопрос, который стоит перед исследователем, это выбор парадигмы рациональности или иррациональности при оценке традиций. На наш взгляд, безусловно выбор за идеями Просвещения, ибо, как пишет Ф. Фукуяма, «иррациональные основания объединения приводили к социальным конфликтам внутри страны или военным конфликтам во внешней политике, так как общества, основанные на различных принципах, постоянно вступали в конфликты¹².

Поэтому именно универсальные принципы, сформированные эпохой Просвещения, нашедшие отражение в концепции прав личности, юридического равенства, способны обеспечить развитие общества. Социокультурные традиции, безусловно, могут и должны учитываться в той мере, в которой это связано с народным суверенитетом и препятствует формализации права, но в целом идеи рациональности, а не традиционализма в праве представляются той парадигмой, на которой должны строиться современные правовые теории.

¹¹ Наиболее обстоятельно анализ юридических теорий постмодерна раскрыт в работах И.Л.Честнова.

¹² Фукуяма Ф. Великий разрыв. М., 2004. С. 380

РАЗДЕЛ II

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В РОССИИ

*Н.Ф. Медушевская**

ТРАДИЦИОНАЛИЗМ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ И ЗАПАДНЫЕ ИННОВАЦИИ

Логика цивилизационного развития постиндустриального общества отчетливо демонстрирует, что развитие техники, науки, материального благополучия не решает все социальные проблемы. Инновации современного общества требуют нового экономического подхода, учитывающего специфику технико-экономического уклада, ориентированного на знания. Инновационная система предполагает не только наличие организаций и институтов, инициирующих инновационные разработки, но и совокупность мероприятий, обеспечивающих инновационное развитие – правовых, финансово-экономических, социальных и т.д. «Инновационную политику ЕС можно определить как комплекс инициирующих, ориентирующих и координирующих мер по достижению декларированных целей Евросоюза в области инновационного и в целом хозяйственного развития. Данные меры отвечают принципу субсидиарности и реализуются в рамках компетенции Союза, оговоренной в документах об его образовании»¹. Вместе с тем европейский опыт инновационного

* **Медушевская Н. Ф.** – доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры философии Московского университета МВД России.

¹ Россия в многообразии цивилизаций. М.: Весь мир, 2011. С. 273–274.

развития наталкивается в России на ряд препятствий как социально-экономического, так и правового характера. Среди них и неэффективная модель экономики, и грубые ошибки, допущенные в ходе приватизации, и неразработанность законодательной базы, и ошибки в образовательной сфере, до сих пор ориентированной на лично-стно-отчужденную педагогическую парадигму, и коррупционные схемы, и неспособность учитывать культурные и ментальные традиции россиян, и многие другие факторы, требующие своей разработки и взыскательного анализа.

В России существует огромный заряд традиционализма, перерабатывающий любые инновации, полученные с Запада. С одной стороны, это является показателем высокого уровня цивилизационной устойчивости социума. Но с другой стороны, говорит о низкой восприимчивости в том числе и полезных заимствований. Как отмечает В.Н. Синюков, «ценность права в русском правосознании не в обеспечении формальной законности, а в достижении ею тождества с глубинным образом собственного жизнепонимания. Поэтому массовое правосознание в России может легко отказаться от правовой формы, если она перестает быть формой именно его жизненного уклада»².

Социоцентристские установки российского правового менталитета не позволяют воспринять те западные правовые заимствования, которые ориентированы на личную ответственность, индивидуализм, самостоятельность, правовую дисциплинированность, гражданское общество. Традиционализм российской правовой культуры напрямую связан с доминированием таких черт сознания и поведения, как аполитичность, монархичность, недоверие к культурным заимствованиям, пассивность и др. Российская правовая культура с ее опорой на внепрактический подход к праву устойчиво препятствует пониманию права как самостоятельного духовного феномена. Метаморфозы нравственного сознания породили негативное отношение к истинным правовым ценностям, поэтому право воспринимается как временное явление, дополнение нравственности, средство насилия и принуждения, выражение несвободы, побочный продукт социальной организации. Благодаря же эсхатологизму в российском правосознании укоренилось пер-

² Синюков В.Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 217.

манентное ожидание грядущих перемен, надежды на построение «города Солнца», который поднимется не благодаря активности жизненных позиций человека и его самоотверженному труду, а в соответствии с Промыслом Божиим. В России культивировались правовые традиции, не сочетавшиеся с правами личности, ее правосубъектностью, что способствовало развитию склонности возмещать недостаточность позитивного анализа реальности утопическими идеями и моральными поучениями.

Имитация западных образцов жизни, западного правопорядка и сферы законности приводит к расслоению нации, неумению жить по-западному и невозможности жить по-старому, утрате прежних аксиологических координат и неприятию новой сетки ценностных ориентаций или еще хуже – к подражанию им в уродливых формах. Достижение личной выгоды и успеха осуществляется в извращенных формах и с нарушением закона. Да и сам закон подчас пишется так, чтобы минимизировать и усложнить его выполнение. Недостаточное развитие индивидуальной ответственности в России прослеживается в постоянстве коллективных ритуалов публичного покаяния, которые существовали как в православной церкви, так и в коммунистической партии. Обличительство и порицание других, неумение дать самооценку, поиск причин неудач во внешних обстоятельствах – все эти особенности российского менталитета отражаются и на правовой культуре населения.

Правовые традиции представляют собой образцы, отражающие ценностные ориентации, мотивы поведения людей, в деятельности которых аккумулируется концентрированный правовой опыт целых поколений представителей социальных общностей конкретного региона. Благодаря правовым традициям происходит консолидация нации в правовой сфере, правовая социализация, вырабатываются схемы и модели поведения по поводу права и законности. Правовые традиции отражают особенности правового менталитета и воспроизводятся из поколения в поколение в процессе коллективной деятельности, сочетая сознательные и бессознательные моменты закодированной социальной информации этноса.

Правовые традиции выполняют функцию обоснования правовой культуры, что делает полнокровной и оправданной общественную и правовую жизнь. Они реализуют ценностное отношение

к правовой жизни, когда рефлексия права способствует становлению правового сознания как предпосылки цивилизованного государства. Проанализируем некоторые правовые ценности, формирующие российское общество.

Вольность. В российской правовой культуре свобода позиционирует как воля, вольность, что связано со стихийностью и анархизмом российского массового правосознания. Вольность есть свидетельство отчуждения народа от власти, невозможности влиять на правовой процесс и правотворчество, произвольности законности, неподотчетности самой власти существующему законодательству. Произвол и вольница русского человека есть оборотная сторона его тотального бесправия, неверия в силу закона и помочь правоохранительных органов. Да и сам государственный аппарат манипулирует населением, создавая законы «под себя», больше заботясь о собственной выгоде, нежели о нравственном авторитете власти.

В соответствии с традиционным российским пониманием свободы как вольности при попустительстве и безмолвном согласии народа был установлен привычный режим единоличной власти, для которой патернализм несовместим с пониманием свободы как экзистенциальной характеристики личности. Поэтому для современного россиянина жизнь в несвободе является привычной и удобной, он готов понизить свои требования в обмен на выполнение государством своих социальных обязательств.

Если в дореволюционной России жизни по закону противопоставлялась этикоцентристская установка «жизни по совести» в соответствии с высоким духовным смыслом идеи свободы, то в советский период она трансформировалась в аскезу всеобщей уравнительности и мессианско-идеологическую «мечту» трудящихся о будущем царстве свободы, путь куда сопряжен с лишениями и страданиями. А уже в постсоветский период идея свободы в отдельных слоях населения начинает трактоваться в соответствии с криминализированной установкой «живь по понятиям», появляется понимание свободы (вольности) в криминальном смысле – свободы от закона и обязательств по отношению к обществу и государству.

Государство. Между россиянином и государством издавна существовало онтологическое единство. Российское государство

воспринималось человеком как носитель и защитник идей общего блага, справедливости, солидарности, или как писал Н.А. Бердяев, коммюнотарности³. Метафизическое и аксиологическое измерение государства приходило в противоречие с реальностью его исторического воплощения. Россиянин воспринимал государство не в его наличном существовании, а как некий идеал, трансцендентную модель. Несоответствие желаемого идеала и исторического воплощения порождало между государством и человеком непреодолимый перманентный антагонизм, нередко инициирующий бунты, террор, восстания и революции. Эта лиминальность (пороговость), понимаемая как испытание пределом, чрезвычайно опасна для современной ситуации. В целом метафизическая устремленность и нацеленность на некую предельность составила одну из коренных черт русского национального характера, глубоко проникнув в природу личности, породив неизбывную склонность к социальному, в том числе и правовому экспериментированию.

Антисобственничество. Соединение крепостной зависимости и личного рабства не привело россиянина к пониманию смысла собственности и ее значения для общества и человека. Как пишет П.Б. Струве, «крестьяне оказались не имеющими собственности, не проникнутыми ни ее идеей, ни ее ощущениями, и за это и русское крестьянство, и вся Россия поплатилась множеством человеческих жертв и великим разорением страны»⁴. Поэтому нашим лозунгом должны стать два слова – «отечество и собственность». В России собственность всегда была весьма условна, относительна, функциональна и легко отчуждаема. Государство позволяло себе вмешиваться в права собственника, ограничивать его свободу и даже лишить права собственности, если он своими действиями наносит вред общественному целому.

В наше время происходит резкая дифференциация общества, растет пропасть между богатыми и нищими, отсутствует средний класс. Стремление личности выдвинуться расценивается большинством негативно, с осуждением за преобладание личных интересов

³ См.: Бердяев Н.А. Царство Духа и царство Кесаря. Экзистенциальная диалектика божественного и человеческого. М., 2006. С. 89–97.

⁴ Исупов К., Савкин И. Русская философия собственности (XVII–XX вв.). СПб., 1993. С. 267.

над общественными. Конечно, появление слова очень богатых людей подчас связано с незаконными формами приобретения собственности, воровством, коррупцией, присвоением общественного богатства. Но отсутствие уважения частной собственности, уравнительные формы общественной жизни сформировали в русском человеке желание отнять и поделить чужую собственность независимо от того, какими способами она была добыта.

Соборность и соборное сознание организуют социально-правовое бытие с установками на жизнь в соответствии с обычным правом и ценностями уравнительной справедливости, а не согласно формальному закону. Соборность как одна из наиболее характерных ментальных установок проистекает из общинной психологии народа и коллективистской культуры и вполне сочетается с зажженностью личностного начала, отсутствием правовой ответственности и всесилием государственно-правового контроля. Склонность русских к коллективизму, понимаемому в духе соборности, патернализму, низкая роль материальных стимулов, беспомощность в принятии самостоятельных решений препятствуют реализации ориентации властных структур на западные образцы социальной жизни с ее организованностью, трудовой и правовой дисциплиной, законопослушностью и традиционными ценностями, порождает противоположные насаждаемому ранее коллективизму уродливые формы агрессивного индивидуализма и корпоративного эгоизма.

Справедливость как правда. Законность как идея не вошла в кровь и плоть россиянина, а его отношение к закону как производному силы и тиранического права не сопрягалось с уважением и достоинством. Ему противостояла правда, которая вырастает из морали и подотчетна требованиям совести. Притом власть традиции столь сильна, что и сегодня в сознании граждан закон как сила власти противоположен справедливости как высшей моральной ценности. А потому в России закона принято больше бояться, чем полагаться на него и с ним соглашаться. Традиционное для России противопоставление или раздвоение права и справедливости создало две параллельные реальности – «жизнь по закону» и «жизнь по понятиям».

Гражданское служение. Моралистический принцип гражданского служения составил суть нравственной позиции русского либерализма, в идеологии которого ориентация на абсолютные

моральные ценности идет вразрез с традиционным в России пониманием права как средства осуществления государственного насилия и произвола, вследствие чего и сегодня россияне ассоциируют либерально-демократическую политику с разгулом неправовой свободы, освобождением от правовых обязанностей и беззаконием.

Отсутствие социальной привычки к договорному типу взаимоотношений, основанных на законе, создает питательную почву для патернализма как покровительства. В России основой взаимоотношений становятся не формальные нормы права, а те ценности, традиции, обычаи, которые часто нигде не зафиксированы, но гораздо сильнее программируют поведение людей, нежели кодексы и законы. Традиционный человек уповаает не на выработку активной гражданственности, а на нравственное самоусовершенствование. Распространение правовой культуры, основанной на идее гражданственности, тесно связано со становлением активного политического общества, способного критически оценивать действия властей. Но в России эта идея трансформируется в гражданское служение, наталкивается на традиционное российское безволие и пассивность, бездеятельное отношение к жизни, которое также оценивается как высшая ценность и позиционируется как особое состояние русского национального характера. Поэтому если русский человек и начинает проявлять активность, то она сопряжена с анархизмом, смутой и агрессивностью. Огромность русских просторов позволяет русскому человеку уйти от конфликтов, раствориться, что делает избыточным право и правовые установления, которые только и могут выработать социальные начала гражданственности. Российский человек – это человек государства, а не гражданин.

Общее благо и общая польза. Это принцип не только служил способом оправдания тотального надзора за жизнью каждого россиянина, но содействовал возвышению общественного целого над отдельной человеческой личностью, был необходим для осуществления мирового порядка, в котором человек становится средством, а не самоцелью. В социоцентристской трактовке общественное благо справедливо, поэтому если государственный интерес требует неравенства, то это и будет означать справедливость.

Идеология социоцентризма, базируясь на принципе общего блага и общей пользы, никогда не стимулировала личную инициативу и самостоятельность индивида, она неразрывно связана с идеей «беззаветного служения» государству, с культтивированием абсолютной исполнительности и подчиненности воле власти. В современном российском обществе традиция «номенклатурной» организации государственной власти усиливает правовую инфантильность населения, неверие в силу закона и неразвитость юридического мировоззрения.

*А.А. Дорская**

ТРАДИЦИИ В ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЕ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Правовая традиция – одно из самых дискуссионных понятий юридической науки, которое, между тем, имеет важное значение в силу целого ряда причин.

Во-первых, правовая традиция является классикой римского права. Например, Д.О. Тузов пишет, что нам «в наследство» достались два элемента *traditio*, входящих в число условий, необходимых для переноса собственности на передаваемую вещь – сам материальный акт передачи и намерение сторон (воля традента, направленная на перенос собственности, и воля акципienta, направленная на ее приобретение)¹. Практически все исследователи отмечают, что уничтожить традицию нельзя, она может только исчезнуть сама.

Во-вторых, отрасли права можно разделить на «традиционные» и «нетрадиционные». Так, интерес представляет идея К.В. Арановского о том, что, к примеру, «конституционное право представляет собой своего рода традицию, которая сложилась исторически и оснащена не только явными атрибутами – законода-

* Дорская А.А. – кандидат исторических наук, кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой международного права Российской государственного педагогического университета имени А.И. Герцена.

¹ Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2004. С. 348.

тельством и учреждениями публичной власти, но и набором убеждений, образов, навыков, управляющих поведением участников конституционно-правовых отношений. В этом смысле образование конституционного строя совершается не столько провозглашением основ закона, сообразного конституционным началам, но привитием жизненного уклада с его ценностями, противоречиями, изъянами и достоинствами². Этим, например, можно объяснить отношение россиян к Федеральному Собранию Российской Федерации. Оценивая по 5-балльной школе роль, которую играют палаты российского парламента относительно других институтов государственной власти, отмечает В.А. Ачкасов, респонденты ставят Совет Федерации на 13 место, а Государственную Думу – на 14 место. 39% опрошенных заявили, что нижняя палата российского парламента принимает в равной степени полезные и вредные законы для страны, а 35% – что все только вредные законы³. Получается, что достаточно поздняя «прививка» парламентаризма, которую российское общество получило в начале XX века, до сих пор оказывается в традиции большего доверия к исполнительной власти и поддержания ее приоритета по сравнению с законодательной ветвью.

В-третьих, правовые традиции имеют большее значение именно в России. В истории существуют, – пишет А.И. Косарев, – два способа регулирования общественных отношений: первый – с помощью закона, права; второй – при посредстве нравственной личности, норм религии, нравственности, традиций. Если первый способ был представлен на Западе, то второй распространен на Востоке⁴. Современные историки права считают, что на Руси изначально термину «традиция» соответствовал термин «пошлина», под которой подразумевалась совокупность правовых институтов и способов регулирования общественных отношений, при-

² Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 14.

³ Традиции российского парламентаризма. Местные органы власти и управления – роль в практике государственного строительства. Материалы круглого стола. СПб., 2008. С. 18.

⁴ Всероссийская научно-теоретическая конференция «Понимание права», посвящённая 75-летию со дня рождения профессора А.Б. Венгерова (1928–1998) // Государство и право. М., 2003. № 8. С. 102–113.

нятая в данной общине. Например, Ю.В. Оспенников рассматривает Псковскую судную грамоту как запись псковской «пошлины»⁵.

В-четвертых, без учета правовых традиций российское правоведение не сумеет стать полностью адекватным к текущим социальным запросам и эффективно прогнозировать и проектировать принципиальное будущее права⁶.

В юридической науке существуют самые разнообразные определения традиции в целом и правовой традиции, в частности. Но главными являются три точки зрения:

- традицией является сама история права (И.А. Исаев⁷, Е.А. Сорокина⁸);
- традиционным считается то, что отложилось во времени, в течение которого к данному явлению привыкают, оно ни у кого не вызывает удивления либо неприятия. Со временем само явление и обращение к нему могут стать определённой традицией. У большинства откладывается суждение о том, что так и должно быть. Таким образом, традиционным можно считать понимание должно-го (Ю.В. Баранов⁹, Т.В. Шатковская¹⁰);
- традиции права – это правовые обычай (С.В. Кузнецов¹¹, С.Я. Лебедев¹²).

⁵ Оспенников Ю.В. Правовая традиция Северо-Западной Руси XII–XV вв. М., 2007. С. 7.

⁶ Кожевина М.А. Западная традиция правопонимания и её влияние на отечественную юридическую науку // Научный вестник Омской академии МВД России. Вестник № 2 (29). Омск, 2008. С. 15.

⁷ Исаев И.А. История России. Правовые традиции. М., 1995.

⁸ Сорокина Е.А. Категория добросовестности в западной традиции права: историко-теоретический аспект / Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

⁹ Баранов Ю.В. Правовая социализация: традиции и новации. Казань, 2007. С. 9.

¹⁰ Шатковская Т.В. Гражданко-правовое регулирование имущественных отношений в аспекте российской правовой традиции. Ростов-на-Дону, 2011. С. 149.

¹¹ Кузнецов С.В. Хозяйственные, религиозные и правовые традиции русских XIX – начала XXI вв. – М.: ИЭА РАН, 2008. С. 362.

¹² Лебедев С.Я. Традиции и обычай в системе криминологической детерминации (теоретические и методологические основы исследования) / Автореферат дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1995. С. 45

Перечисление вариантов определения правовых традиций может быть продолжено. Но очень важным является лингвистическое толкование терминов «обычай» и «традиция». При подборе наиболее соответствующих им глаголов получается, что обычай следует соблюдать, а традицию поддерживать. Таким образом, обычай носит больше императивный характер, и именно поэтому, видимо, правовой обычай на протяжении многих веков являлся источником (формой) права. Традиция же предполагает диспозитивность, её придерживаются сознательно не только потому, что так сложилось исторически, так поступали отцы и деды, а потому, что это правильно, хорошо, справедливо и требует поддержки.

Классификации правовых традиций можно предложить различные.

Первый вариант – т.к. правовые традиции, безусловно, отражают правовые ценности¹³, а поэтому, вслед за М. Уолцером, их можно разделить на «толстые» (конкретный набор правовых институтов, практик, уникальный путь становления и развития права) и «тонкие» (например, правовая защищённость граждан).

Второй вариант – явные и скрытые традиции. Например, религиозная правовая традиция¹⁴ может быть скрытой. Так, в советский период присущая дореволюционному законодательству соборность превратилась в принцип коллективизма, который стал традиционным для советского трудового и гражданского права.

Третий вариант – традиции могут быть консервативными, сдерживающими развитие общества, и стабилизирующими, не позволяющими революционными методами вносить изменения в общественную жизнь¹⁵.

К правовым традициям российского общества можно отнести следующие.

¹³ Сулинов Р.С. Императивный характер правовых традиций: теоретический аспект // Российское государство и право: традиции, современность, будущее. Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Барнаул, 16–17 сентября 2010 г. 2011. С. 50.

¹⁴ Козлов Т.Л. Религиозная правовая традиция (теоретический аспект). / Автореферат дисс. канд. юрид. наук. М., 2008. С. 6.

¹⁵ Скасырский И.В. Российская культурно-правовая традиция и её институционализация в современных условиях / Автореферат дисс. канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2002. С. 19.

Исторически нам достались многовековые традиции крепостничества, бесправия населения, отсутствие опыта свободы, верховенства права, демократии, конституционализма. Это привело к парадоксальному явлению. С одной стороны, «государство традиционно воспринималось и зачастую воспринимается большинством российского общества как нечто чуждое, если не враждебное. Форма существования российского государственности – противостояние с обществом»¹⁶. Но с другой стороны, особенностью России является приоритет государства над частными институтами, сформировавшимися в обществе. В результате большая часть населения все еще ожидает от государства готовых решений их проблем¹⁷. Поэтому любая демократизация в нашей стране и в любые времена, в том числе в правовой сфере, очень часто носит «имитационный» характер.

К государственно-правовой традиции можно отнести отрицание принципа разделения властей как системообразующего для организации государственного управления в России. В частности, это отразилось в своеобразном статусе Президента Российской Федерации, который не относится ни к одной из ветвей власти, а является гарантом Конституции, прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 80 Конституции Российской Федерации). Как отмечает И.П. Кененова, «носитель высшей власти – фактически единственное “ответственное” лицо в пирамиде власти, но и его ответственность носит скорее нравственный, нежели правовой характер»¹⁸.

Традиция взаимопомощи также может считаться правовой. Ещё в период становления общин сформировалась традиция взаимопомощи крестьян, которая проявлялась во всех сферах жизни: хозяйственно-экономической, социально-бытовой, морально-нравственной, правовой. Как мы знаем, российские власти всегда боялись посягнуть на общину. Даже большевики, прияя к власти, в

¹⁶ Преемственность и новизна в государственно-правовом развитии России / Под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Институт государства и права РАН, 1996. С.7.

¹⁷ Горбунова М.А. Демократия в России: модели, традиции, тенденции развития. / Автореферат дис. ... канд. полит. наук. Пятигорск, 2011. С.17.

¹⁸ Кененова И.П. Вертикаль исполнительной власти и некоторые конституционно-правовые проблемы современного цикла развития власти в России // Государственная власть и местное самоуправление. № 3. 2007. С.10.

Декрете о земле от 26 октября 1917 г. официально признали ряд общинных традиций, затем на них строилась деятельность крестьянских комитетов¹⁹.

К правовым традициям России относится и дуализм государственно-правовых институтов. С Древней Руси и вплоть до 1917 г. можно говорить о «симфонии» государства и Церкви, в советский период – государства и партийных органов. Сейчас можно констатировать возрождение дореволюционной традиции. Государство взяло на себя ответственность за несправедливые действия государственных органов советского времени и пытается таким образом создать новую психологическую, «духовную» обстановку в стране. При этом неудачный пока поиск «национальной идеи» приводит к достаточно спорному пути: религиозные учения, прежде всего учение Русской Православной Церкви, рассматриваются как идеологическая основа Российского государства в XXI в.

Традиционным для России является также «своеобразное» отношение к международному праву, вызванное тем, что любовь к Родине для русского человека практически всегда сопровождалась чувством «исторического одиночества»²⁰. С одной стороны, Россия с XVII в. является полноправным участником международных отношений, но с другой – постоянно возникает вопрос, а есть ли необходимость присоединения ко многим международно-правовым документам. Ярким примером является «неровное» отношение к Европейскому Суду по правам человека.

Необходимо отметить, что правовые традиции в России играли особую роль, как правило, в периоды, когда правовой обычай уже не мог регулировать новые общественные отношения, а закон еще не был принят или разрушал сложившиеся устои. Именно тогда правовая традиция спасала ситуацию. Например, деятельность волостных судов после Судебной реформы 1864 г. строилась на основе правовых обычаев, однако поддерживались и традиции «крестьянского права»: в гражданских спорах учитывалось, если в

¹⁹ Григорьев В.С. Взаимодействие политики и народных традиций (социально-политическая роль органов крестьянской взаимопомощи в России 1921–1941 гг.). Чебоксары, 1997. С. 4, 29.

²⁰ Сергеева А.В. Русские. Стереотипы поведения, традиции, ментальность. М., 2012. С. 16.

семье одни дочери, с малосостоятельных дворов могли не взиматься повинности и т.д. Р.И. Станисловайтисом была предложена следующая цепочка процесса нормообразования: простейший запрет (табу) – обычай – традиция – право – традиция – обычай²¹.

Передача правовых традиций невозможна без юридической науки. Именно благодаря учёным традиции в праве осмысляются, а иногда и формируются – традиции юридической науки являются составной частью правовых традиций²².

Таким образом, для России как страны, где право никогда не было главным регулятором, а основными являлись нормы морали, понятия «правды», «справедливости», как власти, так и обществу приходилось постоянно использовать правовые традиции для признания праву ценности.

*Д.А. Пашенцев **

ОСОБЕННОСТИ ФОРМИРОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Понимание особенностей и современного состояния правовой системы России невозможно без обращения к понятию «правовая традиция» и его анализу применительно к отечественным реалиям.

Нередко правовая традиция предстает как нечто размытое, нечеткое, сложно постигаемое и классифицируемое. Такой подход – наследие долгое время господствовавшего нормативизма. С иных методологических позиций становится очевидно, что «кроме «материи» права есть еще и его «дух», «аура», «символы» и «образы», которые не менее императивны и реальны, чем правоотношения и

²¹ Станиловайтис Р.И. Обычай и традиции в механизме социального действия права / Автореферат дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1989. С. 16.

²² Ахтямова В.А. Концептуальные основы традиции. Нижнекамск, КГТУ, 2010. С. 3.

* **Пашенцев Д.А.** – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Московского городского педагогического университета.

акты применения, и которые либо вообще не существовали для нашего материалистического правоведения, либо выводились за рамки собственной юридической проблематики»¹.

Современные отечественные и зарубежные исследователи употребляют понятие правовой традиции достаточно часто, но при этом большинство из них не останавливается на определении смысла и содержания данного понятия.

В известном труде Г.Дж. Бермана «Западная традиция права: эпоха формирования» автор пишет, что «правовые институты, ценности и понятия веками сознательно передавались из поколения в поколение, и так из них получилась “традиция”»². Французский ученый П. Гленн в статье «Национальная правовая традиция» указывает, что традиция – это сложившиеся с годами принципы построения какой-либо социальной системы, в том числе и системы права³.

К.В. Арановский, написавший обширный труд о конституционной традиции, полагает, что «государственно-правовая традиция представляет собой исторически сложившийся, выраженный в устойчивых навыках нормативно-ценостный комплекс, обусловленный религиозными или светскими верованиями, мировоззрением, эмоциональными состояниями, составом потребляемой правовой информации, манерами восприятия и интерпретации явлений права и государственности. С таким содержанием государственно-правовая традиция, поселенная в умы и души людей, позволяет им существовать как политически организованное, урегулированное правом общество, государство»⁴.

По нашему мнению, правовая традиция – это исторически сложившаяся и развивающаяся совокупность принципов построения правовой системы, которая выражается в понятиях, ценностях

¹ Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С. 67.

² Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 19.

³ См. подробнее: Glenn P. La tradition juridique nationale // Rev. intern. de droit compare. Р., 2003.

⁴ См.: Арановский К.В. Конституция как государственно-правовая традиция и условия ее изучения в российской правовой среде // Правоведение. 2002. № 1. С. 47.

и представлениях. Правовая традиция представляет собой право в развитии, в объективной и субъективной обусловленности, в особенностях применения и интерпретации.

Правовая традиция – это не только понятия, ценности и представления, но и породившие их обстоятельства, теоретические концепции и особенности правоприменения. Причем все это определяется человеком как субъектом права, уровнем и особенностями его правосознания.

Сохраняя и обеспечивая воспроизведение в праве значимых для данного социума ценностей, традиция обеспечивает целостность и непрерывность развития правовой системы.

Без традиций исключается сохранение целостности общества и его национальной идентичности. В праве без традиции невозможно формирование полноценной правовой системы и сохранение ее основных черт в условиях стремительно меняющегося мира и нарастающего массива правовой информации.

При рассмотрении правовой традиции можно выявить факторы, влияющие на особенности формирования российской правовой традиции, определяющие ее динамику и направление развития. К числу основных факторов, по нашему мнению, можно отнести следующие:

- 1) географическое положение страны, природно-климатические условия;
- 2) население, его численность, плотность и национальный состав;
- 3) историческая судьба страны и ее народа;
- 4) условия рецептирования зарубежного законодательства;
- 5) господствующая религия;
- 6) язык как средство восприятия и одновременно конструирования социальной действительности. Специфика культур обусловлена неуниверсальностью языковых картин мира. Структура языка задает структуру права.

Одним из главных факторов формирования российской правовой традиции является фактор религиозный.

Прежде всего, обращает на себя внимание тот факт, что религия – это тоже традиция. Как и правовая традиция, она не склонна к частым переменам, к радикальному отказу от принятых и устоявшихся ценностей и принципов. В этом отношении можно

согласиться с О.В. Шевченко, который пишет, что «сложно представить скачок в развитии христианских православных ценностей. Они изначально заданы и являются основой секулярных моральных ценностей, этических кодексов. Ни их содержание, ни их форма на протяжении веков существенно не изменились...»⁵.

Осталось позади то время, когда ученые безоговорочно дистанцировали право от религии, четко разграничивали сферы правовую и религиозную. Сегодня все более становится очевидным, что право и религия находятся в сложной диалектической взаимосвязи и взаимозависимости. В центре данного процесса находится человек как субъект права.

Право становится правом, только реализуясь в действиях человека. «Ибо право – не только свод правил, но и люди, которые издают законы, выносят судебные решения, отправляют правосудие, ведут переговоры...»⁶. Именно субъект творит правовую реальность. В то же время он сам обусловлен предшествующей социальной реальностью⁷. И одним из важнейших факторов, обуславливающих мотивы поведения субъекта права, является фактор религиозный.

С момента принятия христианства на Руси церковь с ее установками, с ее пониманием должного и справедливого стала оказывать влияние на мировоззрение и, как следствие, правосознание субъекта права.

Для мировоззрения русского человека с древних времен было характерно понимание права как «правды», то есть, прежде всего, справедливости. Это было связано, в числе прочего, с доминированием в течение долгого времени обычая как основного источника права. По словам О. Эйдельмана, «сознание, ориентированное на нормы обычного права, мыслит категориями не Закона, а Справедливости, понимаемой на уровне простого здравого смысла»⁸.

⁵ Шевченко О.В. О некоторых подходах к определению понятия «традиция» в зарубежной социально-философской мысли // Право и образование. 2011. № 3. С. 117–118.

⁶ Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008. С. 15.

⁷ Дорская А.А., Честнов И.Л. Эволюция системы права России: теоретический и историко-правовой подходы. СПб., 2010. С. 76.

⁸ Эйдельман О. Следствие и суд в дореформенной России // Отечественные записки. 2003. № 2. С.195.

Справедливость является категорией, которая соединяет воедино право и мораль, служит связующим звеном между ними. В качестве такого же связующего звена выступает и церковь.

Мощное воздействие идеалов православия на национальное правосознание сформировало такую его черту, как этикоцентричность. Сформировалась такая важнейшая черта правового развития, совпадавшая с одной из черт национального характера, как превалирование этических начал над правовыми. Жить честно со всем не означало для русского человека жить по закону, и в этом, несомненно, проявилось влияние православия.

Сказанное выше является аргументом в пользу того, что религия воздействует на дух права, то есть на содержание правовой традиции. Но, кроме содержания, есть еще и форма, кроме духа традиции есть ее материя.

Воздействие церкви на правовую материю в истории российского государства осуществлялось по следующим основным направлениям:

1) церковь непосредственно влияла на содержание источников права. Например, В.О. Ключевский полагал, что отсутствие смертной казни в тексте «Русской правды» есть результат именно церковного влияния;

2) церковь участвовала в правовой жизни. Церковные суды осуществляли судопроизводство в отношении церковнослужителей, монахов, живших при церквях нищих, а также по семейным делам в отношении всего населения;

3) в правовой практике применялись церковные источники права, в основе которых лежали постановления церковных соборов.

Описывая особенности религиозного мировоззрения средневековой Руси, Ю.В. Сорокина справедливо отмечает, что «весь московский быт и принципы жизни строились на религиозно-православной почве»⁹. Идеалы и ценностные установки православия постепенно проникали в правовую материю, тем более в практику правоприменения. И когда сложившаяся в итоге этого про-

⁹ Сорокина Ю.В. Особенности русского религиозно-правового сознания и его влияние на взаимоотношения общества и государства (к вопросу истории взаимоотношений Церкви и государства) // История государства и права. 2009. № 13. С. 8.

цесса правовая традиция в начале XVIII века столкнулась с модернизационными попытками Петра I, то проявила свою устойчивость и жизнеспособность. Приведем только один пример. Для искоренения нищенства и бродяжничества первый российский император принимает несколько указов, запрещавших под угрозой наказания подавать милостыню. Но данные указы в итоге так и остались нормами, записанными на бумаге и не реализуемыми на практике. Исходящее от государства властное повеление столкнулось с традиционным подходом православия, поощрявшего и освящавшего подачу милостыни, проповедовавшего идеалы милосердия и нищелюбия. И традиция победила, непосредственным образом повлияв на правоприменение.

В период Российской империи Православная церковь становится фактически частью государственного аппарата, и ее воздействие на развитие права, и, как следствие, на формирование правовой традиции приобретает еще более непосредственный характер.

А.А. Дорская, исследуя влияние церковно-правовых норм на развитие отраслей российского права, отмечает, что светское и церковное право в конце XVIII – начале XX века находились в постоянном взаимодействии и влияли друг на друга. По ее мнению, которое подтверждается тщательностью проведенного научного анализа, церковное право в Российской империи оказало значительное влияние на уголовное и семейное право¹⁰. Причем речь идет не только о влиянии на форму права, но и о воздействии на его дух, то есть опять-таки на сущность правовой традиции.

Справедливости ради отметим и наличие обратного процесса, возможно, даже более сильного и значимого, связанного с воздействием государства на церковь, причем это воздействие тоже осуществлялось не без помощи права.

В современных условиях в дополнение к перечисленным выше факторам развития отечественной правовой традиции добавляется еще один. Речь идет о национальной системе юридического образования. Именно система юридического образования оказывает значительное воздействие на формирование субъекта

¹⁰ Дорская А.А. Влияние церковно-правовых норм на развитие отраслей российского права. СПб., 2007. С. 128.

права и на его последующее поведение, влияет на сохранение или разрушение правовой традиции.

Таким образом, правовая традиция представляет собой неизменное и неотъемлемое условие развития правовой системы. В России правовая традиция сформировалась под воздействием целого ряда факторов, которые и определили ее особенности. Преобладающими стали те факторы, которые в наибольшей степени воздействовали на человека как субъект права и, соответственно, носителя правовой традиции. Среди них одним из господствующих долгое время была религия, а сегодня на первое место выходит национальная система юридического образования.

*А.С. Туманова**

ВЛАДИМИР ГЕССЕН И ФОРМИРОВАНИЕ ЛИБЕРАЛЬНОЙ ТРАДИЦИИ В РОССИЙСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ НАЧАЛА XX В.

На рубеже XIX–XX вв. российский либерализм вступил в новую fazу своего развития. На смену либерализму в его классической форме, представленному в части политico-правовой доктрины взглядами Б.Н. Чичерина, К.Д. Кавелина и А.Д. Градовского, приходит течение, именуемое «новый либерализм».

Политico-правовая доктрина «нового либерализма» основывалась на идеях правового (конституционного) государства, представительного образа правления, абсолютного и неотчуждаемого характера прав личности. В основе данной концепции лежала идея формирования правовой системы, основанной на принципе верховенства права. В условиях политico-правовой системы России начала XX в. чрезвычайную актуальность приобретала разработанная либералами стратегия модернизации посредством осуществления конституционной модели западного типа.

* Туманова А.С. – доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения НИУ «Высшая школа экономики».

Для современного нам правового сознания (его обыденного, а зачастую и профессионального (юридического) уровней) в значительной мере характерно убеждение, что конституционная теория и практика конституционных реформ противоречат некоей специфически русской правовой традиции и специфически русскому типу правовой культуры. Русская правовая традиция характеризуется, в свою очередь, патерналистским типом отношений государства и общества, представлением о тождественности права закону, о вторичности субъективных прав по отношению к обязанностям российских подданных и др. Формирование такого представления является в значительной степени реакцией российского общества на неудачи экономических и политических реформ 1990-х гг., и лишь в меньшей степени – результатом изучения опыта политico-правового развития России столетие назад, в рамках которого либеральные ценности определяли направление трансформации общества и государства.

В оценку содержания правовых реформ, нацеленных на модернизацию политico-правовой системы Российской империи начала XX в., существенный вклад внесли американские русисты. Изучая российский «случай» политico-правовой модернизации, они в массе своей разделяют убеждение, что в этой стране столетие назад происходила конституционная трансформация политической и правовой систем. Так, историк права Уильям Вагнер, оценивая качество правовой системы имперской России, использует концепцию правового развития, разработанную Гарольдом Берманом. Согласно этой концепции, правовые системы, воплощающие принцип верховенства права, возникают из взаимодействия между соответствующими правовыми теориями, политическим контекстом, в котором право служит медиатором, канализирующими конфликты конкурирующих центров власти, и правовой инфраструктурой, включающей персонал, традиции и институты. Применяя формулу Бермана к конкретному опыту политico-правового развития позднеимперской России, Вагнер утверждает, что соотношение между доктринальными идеями о праве, политике, статусе юридической профессии с юридическими институтами и позициями было более благоприятным для развития правового государства в позднеимперский период, чем в России конца 1990-х гг. Концепции права, выражающие идею верховенства права, широко усваивались в позднеимперской

России профессиональными юристами, активно распространялись и позитивно воспринимались обществом¹. Того же мнения придерживается и Дэвид Вортенвейлер, изучивший правовую культуру российской профессуры (в т.ч. юридической) начала XX в.².

К числу известных дореволюционных правоведов, убежденных в возможности реализации в России модели конституционного устройства западного типа и обосновавших ее содержание, принадлежал В.М. Гессен (1868–1920 гг.). Владимир Гессен был известным ученым–правоведом, закончившим юридический факультет Новороссийского университета, стажировавшимся в Берлине и Гейдельберге, работавшим в Министерстве юстиции, а затем в Петербургском университете, Петербургском политехническом институте и др. Гессен являлся авторитетным общественным деятелем либеральной ориентации, принимавшим участие в «Союзе освобождения», в Партии народной свободы и ее Центральном комитете, в Государственной думе второго созыва. Кроме того, он был одним из активных законотворцев, участвовавшим в разработке проекта Основного закона Российской империи в 1905 г., проекта положения о выборах в Учредительное собрание в 1917 г. Помимо этого, Гессен являлся крупным публицистом, основателем и редактором ведущего юридического печатного органа либералов – газеты «Право», печатался в «Вестнике права» и в газете «Речь», участвовал в важнейших либеральных изданиях «Конституционное право», «Судебная реформа», «Политический строй современных государств» и др. Между тем научная, общественная и политическая деятельность Владимира Гессена начали изучаться только в последнее десятилетие³.

В.М. Гессен внес вклад в целый ряд областей правового знания: в философию права, в государственное, административное и международное право. Он интересовался вопросами, актуализировавшимися в период конституционной реформы начала XX в. –

¹ Wagner W.G. Civil Law, Individual Rights, and Judicial Activism in Late Imperial Russia // Peter Solomon, ed., Reforming Justice in Russia, 1864–1996: power, culture, and the limits of legal order (NY: M.E. Sharpe, 1997). P. 36.

² Wartenweiler D. Civil Society and Academic Debate in Russia 1905–1914. New York: Clarendon Press, 1999. P. 4.

³ Окатова А.С. Учение В.М. Гессена о государстве. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

трансформация политических институтов и правовой системы на этапе перехода к демократии, особенности дуалистической формы правления, теория конституционного государства, теория народного представительства, подданство и гражданство как правовые институты и др. Эти вопросы в той или иной степени поднимались и разрешались и другими теоретиками возрожденного естественного права. Однако именно Гессен создал одну из наиболее логически стройных концепций, заложившую основы новой либеральной традиции в российской юриспруденции.

Философскую основу либеральной традиции составило возрождение естественного права – философско-правовое учение, основывавшееся на философии И. Канта и вечных этических нормах, различении категорий «должное» и «сущее». Опираясь на данную философию, деонтологическую (нравственно-этическую) по своему содержанию, представители возрожденного естественного права провозглашали необходимость критического подхода к позитивному праву. Они оценивали сущее (т.е. правовую систему и политический режим самодержавной России) с позиций должного (морального идеала, воплощением которого являлось построение правовой государственности). Сторонники новой правовой идеологии утверждали, что нравственные идеалы должны направлять развитие права⁴.

В основу своего учения о праве представители возрожденного естественного права положили идею личности и ее безусловной ценности для общества и государства. Инструментом защиты личности от государственного произвола выступала концепция субъективных прав. В трактовке В.М. Гессена эта концепция выглядела следующим образом. Если в абсолютистском государстве индивид являлся лишь объектом власти, то в правовом он становился ее субъектом, носителем определенных публичных обязанностей и прав, превращаясь из подданного в полноправного гражданина.

Гессен был создателем теории гражданства, внесшей заметный вклад в развитие правовой мысли и политической теории в царской России. В данной теории дефиниции «подданство» и «граж-

⁴ Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека в правовой мысли и законотворчестве Российской империи... С. 74–78; Медушевский А.Н. Диалог со временем.... С. 264.

данство» носили различное содержание. Термин «подданство» служил для обозначения членства в государстве, а термин «гражданство» являлся идеальным типом, состоянием, в котором люди являются равноправными членами гражданского общества, субъектами определенной категории прав, а именно политических прав. Эти политические права, в свою очередь, были основаны на естественных правах человека, т.е. носили абсолютный характер. Гражданство служило Гессену идеалом, который должен быть (должное), тогда как подданство было существующей реальностью (сущее)⁵.

Гессен, как и другие либералы его времени, разделял позицию, что существующая правовая жизнь характеризовалась признаком обязанностей над правами. Попытка привнести права в концепцию гражданства составляет важную проблему сочинений этого юриста. Гессен был создателем одной из наиболее полных версий каталога прав. Он выделял три категории субъективных публичных прав: 1) права свободы, закрепляя которые государственная власть признавала за гражданином определенную сферу свободы, в пределы которой она не должна была вмешиваться (основные общегражданские свободы, закрываемые декларациями прав и конституциями, такие, как свободы вероисповедания, слова, печати, союзов, собраний и др.); 2) права позитивного статуса, или права на услуги со стороны государственной власти (право на судебную защиту (право иска), на социальную защиту, на образование; 3) права активного статуса, права на осуществление государственной власти (активное и пассивное избирательное право)⁶.

Важная заслуга Гессена состояла также в определении ключевых понятий теории правового государства. Он связывал его с утверждением принципа верховенства права как основополагающей ценности. Под «правовым государством» Гессен понимал «государство, которое в своей деятельности, в осуществлении правительственные и судебных функций ограничено и связано положительным

⁵ Lohr E. The Ideal Citizen and The Real Subject in Late Imperial Russia... P. 186; Гессен В.М. Подданство, его установление и прекращение. СПб., 1909. С. 108–109.

⁶ Гессен. Основы конституционного права. М., 2010. С. 87–89.

правом, стоит под правом, а не вне и над ним»⁷. Осуществление данного принципа было возможно только в случае реализации представительной формы правления. Поэтому понятие правового государства для Гессена было фактически тождественным понятию государства конституционного. Конституционным Гессен именовал государство, в котором народ или народное представительство принимают решающее участие в осуществлении законодательной и учредительной власти. Гессен полагал, что только конституционное государство могло быть государством правовым. Эти понятия выражали сущность одного и того же государственного порядка⁸.

В.М. Гессен выделил параметры характеристики правового государства: подзаконность власти, представительный характер правления (разделение или «обособление» властей) и юридическое закрепление этих принципов в конституционном праве. Разделение властей правовед понимал как их обособление (или распределение), состоявшее в подчинении исполнительной власти законодательной, реализации подзаконности правительской и судебной властей. Гессен указывал, что в конституционном государстве только законодательная власть, выражавшая волю народа, не была связана в осуществлении своих прерогатив действующим правом. Правительственная и судебная власти, напротив, были ограничены существующим законодательством. Правительство, управлявшее страной и обеспечивавшее исполнение законов, и суд, разрешавший споры, были обязаны, по мнению Гессена, подчиняться действовавшим в государстве законам так же, как и любой гражданин. Подзаконность правительской и судебной властей являлась фактором самоограничения государства, поскольку государство, издавая закон, связывало им не только подчиненных индивидов, но и себя⁹.

Важное место в концепции правового государства В.М. Гессена принадлежало административной юстиции. Гессен понимал под административной юстицией «своеобразную и обособленную организацию судебной власти, призванную к защите субъективных публичных прав путем отмены незаконных распоряжений ад-

⁷ Гессен В.М. О правовом государстве. СПб., 1906. С. 11; Гессен В.М. Теория правового государства // Политический строй современных государств. СПб., 1905. С. 132.

⁸ Там же. С. 19, 28.

⁹ Там же. С. 12.

министративной власти»¹⁰. В теоретических спорах о том, нужен ли специальный административный суд и не следует ли передать надзор за законностью актов администрации ведению судов общей юрисдикции, Гессен выступал сторонником создания самостоятельного судебного органа¹¹.

Именно с институтом административной юстиции юридическая наука начала прошлого века связывала перспективы модернизации механизма административного управления самодержавия. Между тем российская правовая теория существенно опережала процесс институционализации административной юстиции, и именно на концепцию административной юстиции российских теоретиков возрожденного естественного права, наиболее обстоятельно разработанную В. Гессеном, опирались проекты ее создания Временным правительством¹².

К правовым гарантиям субъективных прав личности подзаконности правительенной власти в конституционных государствах В.М. Гессен относил также ответственность министров перед парламентом, а также перед верховной законодательной властью: «королем в парламенте». Конституционное министерство должно было, по его мнению, отвечать и перед монархом, и перед парламентом¹³.

Подводя итог сказанному, заметим, что В.М. Гессен поставил вопрос о возможности реализации в России модели конституционного устройства западного типа и внес вклад в осуществление этой модели. Он обосновал такие важные направления таких правовых реформ, как создание конституционного государства и иных институтов управления несословного, но общегражданского типа, расширение институтов самоуправления, судебных институтов и их функций. Этот правовед неокантианской ориентации отличался верой в то, что благодаря усилиям российских юристов, общественных и политических деятелей бесправные подданные российского монарха превратятся в скором времени в свободных граждан, участвующих в процессе управления государством.

¹⁰ Гессен. Основы конституционного права. С. 90–91.

¹¹ Гессен. Указ. соч. О правовом государстве. С. 46.

¹² Правилова Е.А. Законность и права личности: административная юстиция в России (вторая половина XIX в. – октябрь 1917 г.). СПб., 2000. С. 251.

¹³ Гессен. Основы конституционного права. С. 393, 396–397.

*М.А. Супатаев**

ПРОБЛЕМЫ ЛЕГИТИМАЦИИ РОССИЙСКОГО ПРАВА В КОНТЕКСТЕ МЕХАНИЗМА КУЛЬТУРНОЙ ДИНАМИКИ

Когда модернизационные процессы открылись исследователям с самых неожиданных сторон и идеи радикальных либеральных реформ, получивших воплощение в российском законодательстве, обнаружили свою недостаточность, а подчас и явную неадекватность социальным ориентациям и ожиданиям в обществе, акценты стали смещаться в сторону тех понятий и слов, которые используясь прежде, так сказать, в обыденном, «общепринятом» значениях, теперь обрели статус важнейших категорий обществознания. В их числе – категория культуры, позволяющая содержательно и разносторонне раскрыть суть ценностного обоснования права в обществе.

На том историческом этапе, который переживает Россия, традиционный пласт культуры едва ли исчерпан. Он, «если угодно, уходит в подпочву». Речь идет о том, что «просвечивает из глубины, находится на уровне не всегда очевидных, но очень важных интенций»¹ и требует специального исследования в контексте культурных оснований легитимности и устойчивости юридических норм, эффективности правового регулирования на современном этапе развития общества.

Но проникновение в логику взаимосвязи культуры и легитимности права имело бы мало ценности без исследования механизма культурной динамики в обществе.

Долгое время считалось аксиомой, что основная масса правовых норм не проходит всего ротационного цикла большинства явлений культуры. Указанный цикл, как известно, заключается в том, что многие элементы духовной культуры господствующих социальных сил или непосредственно обычно заимствуются из народной культуры, или имеют в ней достаточно глубокие корни. Дальнейшая судьба таких элементов элитарной культуры состоит обычно в том,

* Супатаев М.А. – кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник сектора теории права и государства ИГП РАН.

¹ Яковенко Г.В. Познание России: цивилизационный анализ. М., 2012. С. 7.

что они перерабатываются на профессиональном уровне сообразно запросам и вкусам правящих сил и со временем, теряя свой элитарный, престижный, знаковый характер и постепенно опускаясь по ступенькам социальной лестницы, в конечном счете вновь становятся элементами всеобщей народной культуры². «Народ, – по выражению немецкого исследователя Х. Наумана, – собственно говоря, берет назад то, что ему принадлежало»³.

Именно по этой причине многие социологи права (Дж. Мэри-мэн и др.), говоря о правовой культуре как неотъемлемой части общей культуры народа и основополагающем факторе, предопределяющем формирование, реализацию и легитимность права, рассматривают ее с двух позиций: «внутренней» правовой культуры или профессиональной (элитарной) правовой культуры. В первую очередь, конечно, правовой культуры законодателей и судей, всегда претендующей на всеобщность (универсальность), и так называемой внешней правовой культуры или правовой культуры самых широких слоев населения страны⁴. Последняя включает в себя правовые знания и правовой менталитет, соответствующие представления о «должном» (нормативные убеждения), а также правовые настроения и чувства, включая чувство правовой патологии.

Каждый набор культурных значений во «внешней» и «внутренней» правовых культурах обуславливает степень, в которой правовая система оказывается восприимчивой к ротационным циклам культурных изменений и определяет динамику. Даже в условиях самого гомогенного (относительно), метакультурного (цивилизационного) сообщества существуют определенные различия между «внешней» и «внутренней» правовыми культурами, «отделяющими правовую систему» от остальной части общества, особенно по «краям централизованных особенностей юридических культур, воплощаемых в конституциях, кодексах и законах»⁵.

Понятно, что чем больше разрыв между «внутренней» и «внешней» правовыми культурами, особенно в условиях «социо-

² Арутюнов С.А. Этнографическая наука и изучение культурной динамики. Исследование по общей этнографии. М., 1979. С. 31.

³ Naumann H. Primitive Gemeinshafts. Jena, 1921.

⁴ Merryman J.H. SLADE: A Memoir. Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe. Stanford, 2003. P. 508.

⁵ Ibid.

культурного пограничья», тем больше формальный характер права, тем меньше степень легитимности (признания) его норм.

Тем не менее, вплоть до недавних времен сохранялась убежденность, проистекавшая не только из позитивистских взглядов на право, но и из известного понимания права как «правового закона» (права как сущности и как явления)⁶, что юридические нормы, как правило, формулируются профессионалами и только затем становятся достоянием широких слоев населения⁷.

Разумеется, юридические новшества (инновации) входят в систему культуры общества и другими путями, не только путем создания их внутри общества, но и путем «трансферта», т.е. заимствования и передачи элементов культуры по горизонтали, в частности, достижений правовой культуры более развитых цивилизаций (чаще происходящего в элитарной среде) с последующим распространением этих элементов в массы.

В этой сети отношений создается то взаимодействие локальных и универсальных элементов культуры, в котором складывается глобальная культура, присущая современному миропорядку и снимающая ограничения прежних социально-культурных образований, что подтверждается международным правом, которое становится инструментом гармонизации национально-правовых систем. При этом основная нагрузка на гармонизацию национально-правовых систем, осуществляемую в форме унификации права путем заключения международных договоров, ложится на международное частное право⁸.

Однако эти заимствования и взаимодействия отнюдь не проявляют тенденции к стиранию или исчезновению этнических, национальных и цивилизационных оснований легитимности права, а всеобщие правовые заимствования так или иначе адаптируются к местным условиям.

Внедрение более аналитических подходов в культурологию и теорию цивилизаций привело к выявлению различных вариантов цивилизационных изменений, способных поддерживать преемственность в культуре и праве.

⁶ Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2008. С. 51.

⁷ Венгеров А.Б. , Куббель Л.Е., Першиц А.И. Этнография и науки о государстве и праве. Вестник Академии наук СССР, 1984, № 10. С. 95–96.

⁸ Лисицын-Светланов А.Г. Роль права в модернизации экономики России. М., 2011. С. 68.

Но многовариантность и плюрализм цивилизационной динамики как в синхронном (пространственном) измерении, так и в диахронном срезе (в историческом плане) и ее влияние на легитимацию права не отменяет других начал в духовном производстве. Производство, постоянно сохраняющем свою сложную, разнородную и полиморфную структуру (механизм) ротации культурных явлений, обеспечивающую на уровне народной культуры ориентацию на значимые модели правовой регламентации общественных отношений.

Теперь уже ясно, что именно с нарушениями ротационных процессов в культурной жизни российского народа и отрывом интересов отечественных либеральных кругов от народной жизни и социокультурных (цивилизационных) особенностей российского народа как носителя и потребителя создаваемых самобытных культурных ценностей, и, тем самым, фактическим устраниением народа от процесса принятия политических решений (в том числе юридических норм), связаны и низкая индикация легитимности и коммуникативности⁹ юридических норм и (как следствие) чрезвычайно малая, если не «отрицательная» эффективность правообразовательной деятельности.

Замечено также, что в подобного рода кризисные периоды развития культуры, не только в широких народных массах, но и в высших (элитарных) слоях общества, которые получают от данного строя некие привилегии и извлекают из него определенную материальную выгоду, наблюдаются утрата уважения к существующему праву, с неизбежностью наступает этическая деградация и упадок, появляются и ширятся злоупотребления компрометирующего характера¹⁰.

Вместе с тем разрыв между нормой и практикой, как указывал Л.И. Петражицкий, всегда служил источником появления но-

⁹ Попутно заметим, что при анализе соответствующего этапа распространения элементов культуры, с точки зрения теории коммуникации, выражаемых в сообщениях, следует также иметь в виду достаточно частое искажение содержания сообщений культуры, вызываемое средствами массовой информации, различными бедствиями (войнами, революциями, эпидемиями и т.п.), «придающими всей культуре свой образ и подобие», и др. (см.: Моль А. Социодинамика культуры. М., 1973; Сорокин П. Человек и общество в условиях бедствий. СПб, 2012.)

¹⁰ Петражицкий Л.И. INEDITA – Теория и политика права. Избранные труды, СПб., 2010. С. 883.

вых (в соответствии с социокультурными сдвигами) правовых представлений о должном, нормативных убеждений, мотивов, называемых им «интуитивным правом»¹¹.

Применительно к современной конфигурации российской цивилизации с учетом ее социокультурной гетерогенности и колебательных контуров (инверсионных поворотов) – «срывов» и «взрывов», ставших предметом особого внимания со стороны современных исследователей¹²) наиболее важной частью решения задачи обеспечения легитимности и динамики юридических норм в процессе модернизации общества и права является поиск компромиссных, центристских политических, в том числе правовых, решений, которые способствовали бы формированию «срединной» культуры («золотой середины»), обеспечивающей участие в системе общественного самоуправления различных социальных, этнических и конфессиональных общностей, максимально соответствовали весьма неустойчивому и трудноуловимому ценностно-смысловому цивилизационному ядру в правовой культуре самых широких слоев населения страны и в то же время учитывали достижительные ориентации западных стран, отражаемые во «внутренней» (профессиональной) правовой культуре.

Легитимность права, таким образом, непосредственно зависит от приоритетов и целей правовой политики, от способности властей, элитарных групп создавать и поддерживать представления о справедливости и обоснованности юридических институтов и норм, их адекватности социокультурной среде российского общества.

В последнее время, на фоне спорадически раздающихся призывов «реабилитировать» законодательные реформы 90-х гг.¹³, которые с какого-то времени стали называть «лихими», не только учеными-обществоведами, но и государственными деятелями, политиками применительно к специфике государственности и права все более активно используется понятие «российская цивилизация». Подтверждением тому служит, в частности, вторая программная статья В.В. Путина «Россия: национальный вопрос»,

¹¹ Там же. С. 883–884.

¹² Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта. Т. 1–2. Новосибирск, 1997–1998.

¹³ Гайдаровский форум/2013 «Россия и мир: вызовы интеграции», 16–19 января, 2013. М., 2013.

опубликованная в «Независимой газете» 23.01.2012 г. и вызвавшая не меньшую волну обсуждения, чем его первая программная статья, посвященная идее Евразийского союза, а, по мнению некоторых аналитиков, возможно даже большую.

Цивилизационная рефлексия очевидно востребована отечественной модернизацией. Описанный М. Вебером формально-рationalный тип легитимности, лежащий в основе «легального государства» (когда, по выражению К. Шмитта, слова «легитимный» или «авторитет» используются лишь как выражение легальности и лишь как ее производные¹⁴) в чистом виде не имел и не имеет эмпирического осуществления ни в одном из современных государств. Даже в Западной Европе (Англии, Нидерландах, Бельгии и др.) важную роль в институционализации либеральной демократии сыграл, как указывает С.М. Липсет, традиционный тип легитимности, связанный с сохранением государственно-правового института монархии, обеспечившего постепенность демократических преобразований, без резкого разрыва с прошлым¹⁵. Конечно, право может черпать свой авторитет из нескольких источников или типов легитимности. Но соотношение между ними в конечном счете обуславливается социокультурной (цивилизационной) спецификой общества.

Фактически сама жизнь заставляет учитывать значимость национальных и цивилизационных особенностей, игнорирование которых способно свести на нет процессы модернизации.

Но **само** понятие «цивилизация», используемое в политике, часто означает всего лишь набор предвыборных слов или используется в качестве «универсальной отмычки», позволяющей обосновывать те или иные идеологические особенности. В результате такого обращения с понятием «цивилизация», вне какой-либо научной теории может произойти его девальвация, а цивилизационный взгляд на Россию (и ее государственность, право – М.С.) рискует утратить кредит не только научного, но и общественного доверия.

В этой ситуации особенно важно предлагать систематизированный подход, целостную позицию, в которой прописаны теоретические основания. Существенными компонентами формирую-

¹⁴ Шмитт К. Государство: Право и политика. М., 2013. С. 230.

¹⁵ См.: Липсет С.М. Размышления о легитимности. – Апология, 2005, № 5.

щейся традиции цивилизационного анализа являются утверждение критериев научной обоснованности и системности выводов, со-размерности итоговых суждений объему привлекаемого эмпирического материала, адекватного сверхсложному объекту исследований междисциплинарного подхода и т.д.¹⁶.

Далеко не случайно в постановлении Президиума РАН № 232 от 08.04.2008 г. «Об утверждении основных направлений научной деятельности Учреждения Российской академии наук Института государства и права РАН» в качестве одного из приоритетных направлений научной деятельности Института указано «исследование концептуальных проблем российской государственности на основе цивилизационного подхода с учетом происходящих процессов глобализации» (п. 1).

Необходим также поиск путей использования исходных алгоритмов российской культуры (как особого типа цивилизации) в решении аналитических и практических задач легитимации и развития российского права с учетом глобальной культуры, совместной с постиндустриальными экономическими связями.

*Л.В. Сокольская**

ВОЗРОЖДЕНИЕ ЕВРАЗИЙСКИХ ТРАДИЦИЙ В ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЕ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА

Изменения, происходящие в государственной системе, не сразу отражаются на праве. Это происходит потому, что национальная правовая система «включает в себя множество компонентов: специфику источников права, взаимосвязь и взаимную обусловленность институтов права, сложившиеся в обществе правоотношения, исторические тенденции развития права, особенности правового развития государства по сравнению с другими странами»¹⁷.

¹⁶ Яковенко И.Г. Цит. произв. С. 670.

* Сокольская Л.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Московского государственного областного гуманитарного института.

ми»¹. Солидаризируясь в целом с мнением профессора М.В. Немытиной, акцентируем внимание на правовом сознании, правовых традициях и других компонентах связанных с правовой культурой общества.

Сегодня, когда Россия ищет собственный путь развития государственно-правовой системы, необходимо обратиться к основам общественного сознания россиян, которые закладывались в течение нескольких веков.

Востребованность идеи евразийской интеграции в современных условиях с каждым годом все возрастает. Как отмечает профессор Э.А. Баграмов, «После распада СССР, а затем в определенный период вполне реальной угрозы распада России, в условиях идейного вакуума, именно евразийство оказалось востребованной идеейной концепцией»². Классическая идея евразийства, разработанная в 20–30 гг. XX века русскими эмигрантами Н.С. Трубецким, П.П. Сувчинским, Л.П. Красавиным, Н.Н. Алексеевым, В.Н. Ильиным, Г.В. Вернадским, П.Н. Савицким и другими, появилась как альтернатива Западу. Поэтому сегодня она не может быть реализована. Современная идея евразийства должна иметь новую социокультурную установку, которая способна сплотить нации, народы и государства на Евразийском континенте. И подобную идею можно найти в работах русского этнографа Льва Гумилева, который пошел дальше всех последователей «школы евразийства» и концептуально обосновал единство географических и культурно-исторических связей народов огромной части Северной и Центральной Евразии. По мнению ученого, основанием единого евразийского сообщества может стать «этносоциальная целостность, которую создавали наши предки при великих князьях и царях московских, при петербургских императорах. Если мы сумеем эту целостность сохранить, сумеем восстановить традицию терпимых, уважительных отношений к формам жизни близких нам народов – все эти народы останутся в пределах этой целостности и будут жить хорошо и спокойно»³.

¹ Немытина М.В. Интерпретации категории «правовая культура» // Правовые культуры. Жидковские чтения: Материалы Всероссийской научной конференции. М., 2012. С. 33.

² Баграмов Э.А. Постсоветская интеграция – реальность или мираж? // Евразия: народы, культуры, религии. 2002–2003. С. 56.

³ Гумилев Л.Н. Меня называют евразийцем // Наш современник, 1991. № 1. С. 62–70.

Сегодня все больше работ посвящено научной разработке евразийской концепции с учетом социально-исторических, экономических, политico-правовых реалий. Так, профессор А.М. Юнусов отметил, что идея новоевразийства становится основой объединения для постсоветских государств в связи с тем, что «1. векторы западной и восточной культуры при всем их разнообразии имеют общие основы для солидарного цивилизационного строительства; 2. западные и восточные культуры имеют огромный потенциал культурного плюрализма; 3. в фундаменте философии евразийства находятся: целостность и гармоничность идеологии, целостность и гармоничность мировоззрения, и целостность и симфоничность самой культуры...»⁴. Фактически профессор рассуждает о евразийской социокультурной интеграции, которая не была востребована в течение нескольких десятилетий политиками и учеными, хотя на протяжении столетий шел процесс формирования евразийской социокультурной системы. Формы государственности, охват территорий, ассимиляционные процессы в обществе постоянно видоизменялись, имели место дезинтеграционные тенденции, но евразийская идея как объединяющая идеология евразийских народов возрождалась.

Евразийские государства, в том числе и Россия, испокон веков находились в процессе взаимного культурного влияния. Сегодня же отмечается процесс их интеграции в единую евразийскую систему взаимоотношений. Данный процесс в научной литературе принято называть правовой аккультурацией⁵. Правовая аккультурация имеет положительный результат, если заимствование чужих элементов правовой культуры происходит с наибольшим вековых исторических традиций, ценностей и условий. Механическое же вживления инородных правовых образований в государственно-правовую материю, их принудительное внедрение в массовое сознание имеет отрицательные последствия. Так было в России в конце XX века, когда была предпринята беспрецедентная по масштабам и напору атака на массовое сознание россиян, имеющая целью доказать исто-

⁴ Становление новоевразийской цивилизации в постиндустриальную эпоху. Духовные истоки и ноосферно-человеческий смысл. М.: Эклибрис-Пресс, 2008. С. 237.

⁵ Сокольская Л.В. Понятие и признаки правовой аккультурации // Lex Russica. 2009. № 3.

рическую ущербность русской цивилизации по сравнению с западной и необходимость смены ее цивилизационной парадигмы⁶. Необходимо отметить, что подобные атаки наблюдались и в период существования Российской империи (когда была успешно предпринята попытка переписать историю России, дабы она забыла свои евразийские корни), и в период Советского Союза.

Дискретность евразийской правовой традиции имела впоследствии очевидные потери, приводящие к отставанию в правовом развитии. Потеряв свои корни, наше общество отбрасывало накопленный опыт и создавало новые правовые формы, стремясь догнать Запад. Утрата исторической памяти, преемственности историко-культурного развития евразийских сообществ и сегодня грозит отрицательными последствиями как для народов России, так и для других евразийских государств. К сожалению, некоторые из нас не только перестали дорожить прошлым, но и отрицательно относятся к настоящему и перестали верить в будущее, что несомненно может привести к нравственной деформации общества. Прошлое невозможно отбросить, его необходимо критически переосмыслить и адекватно отразить в исторической памяти народов, проживающих на евразийском континенте. Россия, если хочет далее достойно развиваться, должна осознать себя евразийской державой, продолжать обновлять идеи и традиции евразийства с учетом накопленного опыта и преемственности.

В современной отечественной юридической науке обосновывается идея о том, что Россия является центром совершенно самостоятельной ветви правовой цивилизации и поэтому имеет свои специфические особенности на основе национально-культурных, исторических и географических факторах.

«Правовая система России принадлежит к особому типу правовой цивилизации. Для русского типа правовой идентификации характерно стремление правосознания вкладывать в явление права собственный социально-этический смысл, стихийно-практический поиск справедливости вне строгой позитивистской юридической формы»⁷. Можно согласиться с автором, что базирование правовой

⁶ Казарина А.Х. Законность как правовая категория и социальное явление // Законы России: опыт, анализ практика. 2007. № 5.

⁷ Синюков В.Н. Российская правовая система. М., 1994. С. 660.

культуры на уровне позитивистских юридических форм лишает правовую систему культурной ориентации и делает ее беззащитной от внешней политической экспансии. Однако нам трудно полностью согласиться с положением о том, что «славянская» правовая семья является самостоятельной ветвью правовой цивилизации. Скорее всего, ее необходимо исследовать как частичку более мощного социального образования – евразийской цивилизации. Ведь «менталитет среднего россиянина по вопросам правопонимания и роли права в обществе носит скорее азиатский характер, чем западный»⁸. И сегодня, когда идет формирование единого евразийского экономического, правового и политического пространств, мы фактически становимся участниками образования не только новой геополитической структуры, но и цивилизации третьего тысячелетия.

Начиная со средневековья, на территории Восточной Европы и Центральной Азии возникали различные государственные образования Русь-Орда,⁹ Российская империя, Союз Советских Социалистических Республик современные разноформатные союзы и альянсы (например, Союз Белоруссии и России, СНГ, ГУАМ, ЕврАЗЭС, ОДКБ, Таможенный союз и др.). Это свидетельствует о том, что у евразийской интеграции наличествуют социокультурные основания: общность территории, исторического и культурного развития, демографические и миграционные процессы, толерантное и уважительное отношение к этническим и религиозным ценностям народов, проживающих на данной территории.

Культурная традиция – это совокупность сформировавшихся стереотипов в сознании и поведении людей, она составляет то ядро культуры, которое остается неизменным на протяжении тысячелетней истории евразийских сообществ. Именно они, по нашему мнению, и составляют тот костяк российского самосознания («самостояния»), который позволяет при очередном заимствовании

⁸ Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах. М., 2002. С. 27–46

⁹ По-разному можно относиться к работам И.Н. Данилевского, Л.Н. Гумилева, О. Сулейменова и других ученых и писателей, но идея существования средневекового евразийского сообщества (Русь-Орда, Татария, Ойкумена...) постепенно утверждается в научной литературе. Например, В.В. Кулыгин рассуждая о Евразийской державе, отмечает, что «без татарщины не было бы и России». (См.: Кулыгин В.В. Нужно ли Евразийской державе Евразийское право // Евразийский юридический журнал. № 8 (27) 2010. С. 16.

иностранных правовых материала не потерять собственную самобытность, индивидуальность государственно-правовой системы, ее идентичность. «Само по себе привлечение зарубежных государственно-правовых институтов... не добавляет реципиенту цивилизованности уж тем более не решает проблем его правовой культуры»¹⁰.

Основной евразийской культурной традицией является мультикультурализм. Мультикультурализм – это теория и практика неконфликтного сосуществования в одном социальном пространстве многочисленных разнородных культурных сообществ. «Мультикультурализм провозглашает переход от “включения” индивидуальных и групповых различий в более широкие структуры к “признанию” их права на существование в качестве иных»¹¹.

Различают мультикультурализм по-европейски, что означает унификацию общества на основе европейских ценностей, создание «общечеловека», формирование единого образа жизни, созданного по лекалам европейской культуры. И мультикультурализм по-евразийски, который не связан с идеологическим проектом, а основан на стремлении иметь в одном сообществе возможности для культурной самореализации разных социумов с их религиозными и этническими особенностями.

Мультикультурная идентичность отличается гибкостью. Именно ее гибкость позволяет успешно приспосабливаться к новым культурным условиям, предотвращать межкультурные конфликты. Одной из основных ценностей при этом становится межкультурная толерантность¹². Толерантность подразумевает уважение иного мироустройства, даже если оно противоречит собственным убеждениям, отказ от насилиственного внедрения инокультурных ценностей в чужеродную среду. Национальные обычаи и традиции стыкуются с общепринятыми правами человека и через них осуществляется адаптация чужеродных норм изнутри вместо насилиственного насиждения извне.

¹⁰ Синюков В.Н. Указ. соч. Саратов, 1994. С. 162

¹¹ Петручик Л.А. Правовая культура России и межкультурный диалог в условиях глобализации // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 4. С. 12.

¹² Ушанова И.А. Перспективы развития теории правовой аккультурации в глобализированном мире // Вестник Новгородского государственного университета. 2003. № 24. С. 67

Согласование различных правовых традиций и обычаев – дело сложное и длительное. Оно не может быть решено автоматически путем законодательного закрепления «самоочевидных истин»¹³. Народы, населяющие Евразийский континент, обладают собственными «самоочевидными истинами», которые могут не совпадать с западными. Укоренившиеся в сознании народов тысячелетиями, передающиеся из поколения в поколение, они являются барьерами для безоговорочного внедрения и реализации западноевропейских ценностей, несмотря на их закрепление в национальном законодательстве. Надо признать, что евразийские ценности и традиции составляют основу правовой культуры россиян, которые невозможно уничтожить даже через их отрицание государственной властью. Отсюда и вытекает проблема применения многих правовых норм и правовых институтов прозападного характера в российском обществе, а также проблема параллельного существования государственно-правовой культуры (формального права) и правовой культуры народа (живое право).

Сегодня научная общественность уже привыкла к термину «Европейская культура». Может пора ввести в научный оборот понятие «Евразийская культура» и определить ее основные характеристики. Традиционными элементами Евразийской культуры, по нашему мнению, выступают: толерантность, наличие надиндивидуальных ценностей, идея общей пользы, общего блага и солидарная взаимопомощь, неприятие частной собственности как основной формы собственности, этатизм, коллективизм и отсутствие традиций индивидуализма и гражданской ответственности, этикоцентризм¹⁴.

Например, этатизм как историческая традиция тесной связи народа с государством характерен для азиатских народов. У россиян в сознании сохранилось почитание исполнительной власти и принижение официальной судебной власти. Это элемент «традиционистского (азиатского) образа поведения». Стремление обходить официальные суды и решать споры путем различных вне-

¹³ В Декларации независимости США закреплены следующие «самоочевидные истины»... «все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотчуждаемыми правами, к числу которых относится жизнь, свобода и стремление к счастью».

¹⁴ Глобализация и мультикультураллизм: доклады и выступления. М., 2003. С.252

судебных, согласительных процедур типично для Востока. В степях центральной Азии в XIII–XVI вв. до судебный спор мог разрешить уважаемый в роду человек (бий – знаток норм обычного права с безупречной репутацией или бек – старейшина). Институт биев получил широкое распространение среди кочевых народов Евразии и существует в отдельных государствах до сих пор, а в России возрождается институт медиации.

Коллективизм предполагает, что деятельность общества и его членов строится на постановке общественно значимых целей, которые опосредуют общественные отношения и межличностные связи. Для людей в евразийских сообществах общие цели занимают господствующее положение по сравнению с индивидуальными целями. Следствием этого является приоритет развития и сохранения общества как целого по сравнению с личным развитием. Принцип коллективизма основан на ответственности индивида перед обществом, неотделимости личности от коллектива. Самостоятельные, индивидуальные действия оцениваются членами восточного общества как предательство.

Обращение к евразийским истокам не означает возврата к прошлому – это было бы явным регрессом, – оно необходимо для выявления сути нашей идентичности, чтобы найти в ней поддержку в настоящем и будущем. Евразийская культура – это объединение многоцветной картины мира, закрепляя общепризнанные ценности, сохраняется культурная неповторимость, самобытность народов, входящих в данный регион.

*E.A Юртаева**

О ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯЦИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ТВОРЧЕСТВЕ

Возникновение законодательной нормы, формирование правовой политики в государстве и обществе, как и права в целом, объективно базируются на социальных отношениях, исторически

* **Юртаева Е.А.** – кандидат юридических наук, доцент Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

сложившихся в рамках той или иной общности: и правовые установки, и позитивное право – правовые нормы, материализованные в актах законодательства, являются следствием исторически сложившихся правовых отношений.

Небывалая интенсификация законоиздательской деятельности в России в последние годы при снижающейся общей эффективности правового регулирования из-за законодательного «половодья» на всем «правовом поле», а также специфического селективного применения российских законов по-новому ставит старый вопрос из области теоретического правового знания и практического законоприменения – о приемлемых формах правовой регуляции, о социально-предопределяющих свойствах закона, о методах регулирования.

Исторически правовую регуляцию в России отличало многообразие. Устав, указ, правда – это не столько заголовки, но чаще всего форма и вид актов, основывающихся исключительно на традиционном способе регулирования, на обычай, за которыми закреплялись определенные материальные и формальные признаки. Переход сначала к показательному, а затем типизированному «государственному» правотворчеству был начат в XVIII в.; трансформация взаимодействия юридического обычая и государственного акта и их сосуществование на параллельных началах продолжалось довольно долго. Только в последнее столетие главным образом под влиянием государственного диктата это взаимодействие склонилось к провозглашенному верховенству официально санкционированного акта. При этом, заметим, в российской правовой истории собственно закон имел столь специфическое социальное звучание, что более органичным его использование видится в таких словосочетаниях, как «закон дружбы», «законы товарищества» или, в конце концов, «закон божий», нежели «закон» в значении государственно установленного общеобязательного правила. Сейчас, конечно, дело обстоит по-другому, но отголоски подобного «отношения» к закону нет-нет да проявляются. Даже в юридических исследованиях (за исключением тех, в которых закон является непосредственным предметом исследования) чаще пользуются более «подходящей» смысловой заменой закона – нормативное регулирование, правовые нормы или просто «норма». Исторически же именно «норме» отводилась роль обеспечи-

теля порядка, гарантирующего лучшие способы действия или деятельности¹, тогда как использование нормативных эквивалентов государственного упорядочения, включая закон, формировало в личностном восприятии отвлеченную социальную реальность – данную, установленную, кем-то «спущенную». Об этом также свидетельствует то, что современное социальное восприятие значимости закона уступает значимости иных социальных регуляторов: правовая регуляция все чаще воспринимается как нечто необязательное, легко преодолеваемое специфическими соглашениями, договоренностями не только не соответствующими, но альтернативными праву. Подобная ситуация заставляет искать объяснение такому положению дел и искать пути коррекции складывающейся практики.

Социальная значимость и общеобязательность акта государственной правовой регуляции – в первую очередь закона – определяется нравственной силой его авторитета. Аксиоматичность этого утверждения проистекает из смысла и значения закона; до последнего времени она не подвергалась ревизии. Когда в XIX веке завершали труды по систематизации российского законодательства, взаимодополняющее и солидарное действие законов права, морали и религии считалось обязательным; в начале XX веке, в 1907 году, когда властью была проигнорирована установленная процедура принятия законодательного решения, говорили о «законодательном перевороте»; а сравнительно малое количество изданных законов в продолжение семи десятков лет в XX столетии не в последнюю очередь объясняется необходимостью их «общественной апробации». То есть для того чтобы считаться законом в общественном мнении, государственный акт должен был быть наделен соответствующим авторитетом.

Подобное требование к законам имеет глубокие корни. В общественном сознании исстари право гармонично коррелировало с нормами обычая, нравственными или религиозными нормами как их низший рубеж или минимальный уровень. А в сфере обыч-

¹ См.: Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве // Ильин И.А., Устинов В.М., Новицкий И.Б., Гернет М.Н. Основы законоведения. Общее учение о праве и государстве и основные понятия русского государственного, гражданского и уголовного права. М., 1915. С. 5–6.

но-правового регулирования (а также в иных социально-регулирующих системах, отличных от правовой) принуждение является крайне нежелательным, поскольку является проявлением насилия, т.е. зла. В качестве закона в этих условиях могла восприниматься только одухотворенная этическим смыслом правовая норма. Поэтому признавать за право акт, санкционированный государством, но не приобретший всеобщую общественную поддержку (причем сопоставимый с другими нормативными регуляторами) общество не спешило. А практическим следствием такого положения становилось то, что уровень этической составляющей содержания российских законов и российского права был чрезвычайно высок².

Правовая регуляция в российском правовом опыте исторически и традиционно была тем долженствованием, управомочием, социальным нормативом, который связывался с нравственными категориями – с представлениями о грехе, о справедливости и который через сакральность приводил к его авторитетности и всеобщей обязательности.³ Государственный акт не воспринимался иначе, как призванный сохранять «истинное», «праведное» и, кроме того, «благодатное» состояние общественных устоев.

Переломным для социального значения и общественного восприятия закона стало время активного внедрения технических и социальных новшеств с применением законодательного инструментария. Когда закон стал вмешиваться в дела портных и парикмахеров, определять бритье бород и обрезание кафтанов, он перестал восприниматься и, соответственно, действовать, как обычай; закон становился «чужеродным» и малообоснованным включением в социальную жизнь, не имеющим традиционного обоснования. Изменилась, соответственно, и его оценка общественным мнением: если двигателем исполнения правил, воспринимаемых как обычно-правовые предписания, во многом были эмоциональные элементы, то в законах, исходящих от государства, они стали изживаться. Обязательность соблюдения норм обычая и обязатель-

² В 1748 г. профессор российской Академии наук Ф.Г. Штрубе писал, что «правам и законам» российским «в рассуждении их справедливости никаких других предпочтеть нельзя». Цит. по: Томсинов В.А. Развитие русской юриспруденции во второй четверти XVIII века. Статья вторая // Законодательство. 2006. № 6. С. 81.

³ См.: Фрэзер Д.Д. Золотая ветвь. М., 1986. С. 26–27, 50–51.

ность соблюдения норм, исходящих от государства, не только не означала психологической одинаковости испытываемых к предписываемому поведению чувств, но даже не предполагала этического равенства волевого отношения к ним. Д.И. Фонвизин, например, бывший еще и министром юстиции, «истинным правом» признавал только то, которое рационально воспринимается как благо и которое неизбежно будет порождать добровольное самообязывание; если же восприятие права не снабжено подобным нравственным сопровождением, то оно из обязательства переходит в принуждение: «где же нет обязательства, там нет и права»⁴. В похожем смысле высказывались и более поздние аналитики. Закон как производное многолетней устоявшейся общественной практики для того чтобы стать реальным регулятором, должен восприниматься как «народное произведение», которое без труда «находит практическое применение»⁵.

О «моральной правильности» закона стали особенно часто говорить после введения представительства в законодательный процесс в начале XX в. Участие депутатов добавило в ход государственной законодательной работы до этого никак не проявлявшийся мотив популизма, риск не объективно-значимой, а иной мотивированности в законодательной деятельности. Тогда был зрямо обнаружен источник возможной этической уязвимости государственно-значимого решения, принятого представительным учреждением. Дело в том, что депутат в представительном органе демонстрирует не профессиональный, а политический статус; участие депутата в работе парламента нередко становится следствием его политической заинтересованности⁶. Современная практика и содержательная специфика законодательной деятельности депутатов, включая их инициативы, только подтверждает мысль о преимущественно «не-профессиональном», а кроме того, часто недостаточно независимом суждении по поводу того или иного законопроекта.

⁴ Фонвизин Д.И. Избранные сочинения и письма. М., 1946. С. 187.

⁵ Станиславский А.Г. О ходе законоведения в России и о результатах современного его направления // ЖМНП. Ч. LXXX. 1853. Октябрь. Отд. II. С. 9–10.

⁶ О влиянии на законотворчество частных, корпоративных, иных интересов, известных как лоббизм, говорят довольно давно; но сейчас все более проявляются прежде «экзотические» интересы, например, такие как поддержание репутации политического деятеля.

Закон не может сводиться и не сводится лишь к «официально-властному или иному авторитетному установлению (санкционированию) и принудительному поддержанию», а включает, по справедливому мнению современного исследователя Н.В. Варламовой, как главный признак его «субстанционально-ценностное обоснование»⁷.

Если в современном российском правоведении за содержательной стороной закона (в силу сравнительно недавнего кардинального изменения в восприятии его атрибутивных черт) еще сохраняется проблемный дискурс, то в законотворческой практике отсутствие должного представления о «ценостном обосновании», о свойствах, о предмете закона выливается в безудержное тиражирование под именем законов текстов, к собственно закону имеющих совсем непрямое отношение. Это порождает проблему размыивания роли закона как важнейшего регулятора общественной жизни. В последние годы стал явственно заметным переход к расширенному использованию закона: кроме «там, где нужно» закон стал часто предлагаться «там, где не нужно» и даже «там, где нельзя».

То, что закон является универсальным инструментом социального регулирования, порождает большой спектр ожиданий – от разумных до нелепых. На закон сегодня возлагают и функцию «скорой помощи» при ДПТ с участием нетрезвых водителей, и функцию «полицейского» по защите чувств верующих, и функцию «сторожа» за культовым инвентарем, и функцию «омбудсмана» по защите зарубежной собственности должностных лиц. Закон навешивают как ярлык на НКО, законом угрожают при «бонитировке» СМИ и журналистов, издают законы с посвящением – «О государственной корпорации НН». Законодательные инициативы депутатов перешли в разряд «палочных» показателей эффективности их деятельности, что стимулирует производство ими законопроектов, например, о закреплении требований о личной добросовестности, о депутатской нелживости, а также другой подобный почин.

Но закон – это не вакцина от сезонной простуды, а масштабная мера социальной реакции, которая должна применяться строго

⁷ См.: Варламова Н.В. Выступление / Сокольщик И.М. Первые философско-правовые чтения памяти академика В.С. Нерсесянца // Право и политика. 2006. № 12. С. 35.

дозировано в отношении не любых, а только адекватных общественных ситуаций. Самолеты пятого поколения не станут использовать на пассажирских авиарейсах, а компьютерами, как известно, не забивают гвозди. Закон – это мир, где оперируют специализированным профессиональным инструментом, методами и средствами. Использование возможностей, предоставляемых законом, не в том объеме и не в тех сферах лишает закон свойственных ему социальных преимуществ и авторитета. Не случайно все эти «разовые» законы не вписываются в системное регулирование, часто еще и по этой причине остаются вне правоприменительной практики, а по существу служат лишь удовлетворению чьих-то персональных амбиций или для услаждения публики.

Постижение закона в продолжение многовековой российской истории не было сформировано в качестве политической, юридической или социально-правовой доктрины, «родственной» или, по крайней мере, приближенной к той, которая сложилась в правоведческой науке западноевропейских стран. Это, по-видимому, можно объяснить тем, что инструментальная ценность закона как государственного акта долгое время была небесспорной; кроме того, идея закона в России традиционно ассоциировалась с персоной главы государства, а не с юридическими нормами. Позднее сказывалась необеспеченность закона его высоким нравственным содержанием и ценностными потенциями. Несмотря на отчасти успешные кодификационные опыты по обработке действовавших норм права, например, в XIX или во второй половине XX в., признавать общие его принципы, позволяющие определить более высокое место закона в иерархии человеческих ценностей, ни монархическая, ни социалистическая власти не стремились. Современные подвижки в направлении модернизации на законодательной стезе, к сожалению, мало принимают во внимание или даже вовсе игнорируют юридические традиции и объективные потребности развития политических отношений. Тема правовой регуляции и ее обеспечивающего законодательного творчества в современной России не должна рассматриваться вне проблемы породившей их современную деформацию политической ментальности, вне этических запросов общества на должный нравственный уровень закона и, соответственно, его адекватную социально-психологическую силу и авторитет.

*A.B. Корнев**

РОССИЙСКАЯ ТРАДИЦИЯ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Несмотря на принадлежность России к романо-германской правовой традиции и доктринальное непризнание судебного правотворчества, российские суды (по крайней мере, высшие судебные органы) в определенной мере всегда осуществляли правотворческие функции в процессе толкования положений законодательства.

В дореволюционной России некоторые элементы правотворчества можно было усмотреть в деятельности кассационных департаментов Правительствующего Сената. Согласно ст. 813 Устава гражданского судопроизводства 1864 г. «в разъяснении точного разума закона судебные установления обязаны подчиняться суждению Сената, и кассационные жалобы против постановленного на основании второго решения ни в каком случае не приемлются»¹. Определения кассационных департаментов Сената, содержащие такие «суждения», в соответствии со ст. 815 Устава публиковались «во всеобщее сведение, для руководства к единообразному истолкованию и применению законодательства»². Очевидно, что все суды ориентировались на них в своей практике, но формально обязательными они были только для суда, пересматривающего отмененное кассационным департаментом решение.

В связи с этим представляется неоправданной достаточно широко распространенная в консервативных политических кругах XIX в. интерпретация данных полномочий кассационных департаментов Сената как присвоение ими части законодательной власти монарха³. Напротив, К.П. Победоносцев, видный россий-

* **Корнев А.В.** – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

¹ Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на которых они основаны. Издание Государственной канцелярии. Часть первая. СПб., 1866. С. 377.

² Там же. С. 378.

³ См., например: Тимошина Е.В. Политико-правовая идеология русского пореформенного консерватизма: К.П. Победоносцев. СПб., 2000. С. 169, 173.

ский государственный деятель, юрист, обер-прокурор Синода (1880–1905) и один из идеологов пореформенного консерватизма, специально подчеркивал, что «разъяснение разума или применение закона, сделанное кассационным департаментом Сената, имея силу закона по тому делу, по коему оно состоялось... принимается судебными местами к руководству в подобных случаях и вопросах и по другим делам. Но по другим делам разъяснение это не может иметь для суда той безусловной обязательной силы, какая присвоена только закону как правилу, исходящему от законодательной власти... Посему нет законного основания поставить суду в вину применение закона не в том или не совсем в том смысле, в каком он был разъяснен по другому делу прежним решением Сената. В сем случае решение суда, когда дойдет установленным порядком до проверки в Сенате, может быть отменено за нарушение или неправильное применение закона (в том же смысле, в каком он был прежде разъяснен), но никак не за нарушение смысла сенатского решения, по другому делу состоявшегося»⁴.

Такая трактовка юридического значения разъяснений кассационных департаментов Сената – не просто юридическая казуистика, обусловленная признанием верховенства закона и отрицанием правотворческих полномочий судов; она имеет под собой определенные практические соображения. Как поясняет К.П. Победоносцев, общеобязательность разъяснений закона кассационными департаментами Сената, «практически неосуществима, ибо она стеснила бы судебные места в той свободе обсуждения и применения закона к обстоятельствам дела, без которой не может быть и правильного направления правосудия... Самому Сенату вольно при каждом отдельном случае, подобном прежде разрешенным, вновь проверять собственное свое разумение о смысле закона, изменять оное к лучшему и отступать от прежнего разумения, когда при дальнейшем рассуждении и по соображении с другими, не бывшими еще в виду случаями, новое разумение оказывается полнее, правильнее и ближе к истинному смыслу и духу закона». Ведь «всякое судебное место, а также Правительствующий Сенат применяют и изъясняют смысл закона непременно в

⁴ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 276.

связи с представляющимися по делу обстоятельствами и с истекающим из сих обстоятельств отношением частного права»⁵.

К.П. Победоносцев достаточно точно показал специфику действия прецедента судебного толкования закона в соотношении с самим законом и возникающие в связи с этим проблемы. Однако он не придавал должного значения принципу правовой определенности и проистекающему из него принципу *stare decisis*⁶, в силу которого суды стремятся придерживаться однажды занятой позиции в отношении толкования и применения закона. По мнению К.П. Победоносцева, «суд, стесняясь своим рассуждением в решениях *по тому же делу...* не стесняется в решениях по другим делам общими, в прежних решениях выраженнымми соображениями о смысле и применении того или другого закона; ибо рассуждение суда об обстоятельствах дела и о применении к ним закона в каждом особылом случае должно быть особым, причем единственным мерилом правильности служит *закон...* а не бывшее прежде применение закона тем или другим судом, которое лишь приводится в пояснение и может служить руководством, а не безусловно обязательным правилом»⁷. Таким образом, «законная сила решения ни в каком случае не может простираться на общие рассуждения и выводы суда о смысле и значении того или другого закона, хотя бы эти выводы сделаны были судом, по выслушании бывшего между сторонами по сему предмету состязания»⁸.

В целом суждения кассационных департаментов Правительствующего Сената относительно смысла законов могут рассматриваться как вторичные источники права, создаваемые в результате толкования закона в процессе разрешения конкретных дел и действующие как убедительные прецеденты, которые не являются безусловно обязательными для судов, но которых суды, как правило, придерживаются.

Однако современная практика судебного правотворчества в России опирается не на дореволюционный опыт Правительствующего Сената, а на советский опыт руководящих разъясненийplenумов Верховного Суда СССР и союзных республик.

⁵ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 276–277.

⁶ Стоять на решенном (*лат.*).

⁷ Там же. С. 298.

⁸ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 304.

Советская теория права исходила из того, что судебная практика, в том числе и разъяснения пленумов Верховного Суда СССР и союзных республик, принятые в результате ее обобщения, не являются источниками права. Считалось, что судебные органы не обладают правотворческими полномочиями. Указанная точка зрения была преобладающей в доктрине. Как утверждал И.Б. Новицкий, «в советском государстве не может быть места для судебного прецедента. Советский суд является проводником и стражем законности, он должен строго следить за тем, чтобы общие нормы закона (и подзаконных актов) неукоснительно соблюдались всеми гражданами, должностными лицами, учреждениями и прежде всего самим судом»⁹. И.С. Тишкевич в своей статье «Являются ли руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР источником права?» давал отрицательный ответ на поставленный вопрос¹⁰. С.Л. Зивс подчеркивал, что «отнесение судебной практики к числу формальных источников права противоречит принципу верховенства закона и принципу подзаконности судебной деятельности и не имеет под собой никакой правовой основы»¹¹.

Однако на практике все обстояло немного иначе: «Судебный прецедент и судебное правотворчество в Советском Союзе существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами»¹². Во-первых, Верховному Суду СССР (ст. 3 Закона о Верховном Суде СССР 1979 г.¹³) и Верховному Суду РСФСР (ст. 57 Закона «О судоустройстве в РСФСР 1981 г.¹⁴») предоставлялось право давать руководящие разъяснения по вопросам применения законодательства. Такие разъяснения носили обязательный характер, причем не только для нижестоящих судов, но и для других органов и должностных лиц. Во-вторых, решения Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик публиковались в специаль-

⁹ Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 125.

¹⁰ Тишкевич И.С. Являются ли руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР источником права? // Советское государство и право. 1955. № 5. С. 29.

¹¹ Зивс С. Л. Источники права. М., 1981. С. 190.

¹² Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20.

¹³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1979. № 49. Ст. 842.

¹⁴ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976.

ных изданиях и учитывались нижестоящими судами при вынесении решений, так как в противном случае их судебные акты могли быть отменены вышестоящей инстанцией. В.М. Жуйков, который с 1988 г. по 2007 г. был заместителем председателя Верховного Суда РСФСР (с 1991 г. – Верховного Суда РФ) указывает, что практика Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик, официально не признаваемая источником права, «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона и аналогии права»¹⁵. Любой практикующий советский юрист придавал большое значение судебной практике, особенно формировавшейся на уровне высших судов.

В противовес господствующей доктрине ряд советских ученых выступал за признание судебного правотворчества. Л.С. Явич писал: «Из того, что суд – единственный государственный орган, отправляющий правосудие, никак не следует непременное ограничение его деятельности применением законов. Сама задача направления правосудия предполагает возможность при отсутствии соответствующего закона восполнить пробел и целесообразность контроля суда над законностью нормативных иных актов управления». «Судебное правотворчество, – отмечал он, – представляет своеобразную форму официального признания уже сложившегося права (правоотношений) или придания правового характера фактическим отношениям, которые берутся под защиту государства путем единообразного и постоянного вынесения судебных решений по аналогичным делам, или, наконец, форму выработки новых общих норм в результате обобщения судебной практики и вынесения высшими судами соответствующих директивных указаний, обязательных для нижестоящих судебных инстанций»¹⁶. Аналогичной позиции придерживались А.С. Венгеров и С.Н. Братусь. Пробел в законе, по их мнению, преодолевается не путем подведения не урегулированной нормой права ситуации под сходную норму, а путем создания судом по аналогии с ней другой нормы,

¹⁵ Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права, М., 1997. С. 16.

¹⁶ Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 140.

на основе которой и выносится решение¹⁷. Такой вывод был сделан учеными на основе анализа руководящих разъяснений высших судов.

В современной России допустимость судебного правотворчества также остается дискуссионным вопросом.

Е.В. Семьянов полагает, что существование судебного правотворчества в форме судебного прецедента в российском праве невозможно, так как система судоустройства в России не позволяет сформироваться судебному прецеденту в классическом его понимании¹⁸. М.Н. Марченко утверждает, что «признание судебной практики в качестве источника российского права не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи»¹⁹.

Стоит согласиться с утверждением об отсутствии в России прецедентного права в его классическом понимании. Однако правотворческий характер постановлений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ достаточно очевиден. Вместе с тем вопрос о правовой природе этих актов остается спорным.

В ст. 126, 127 Конституции РФ и ст. 19 (ч. 5), 23 (ч. 5) Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»²⁰ закреплено, что Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ дают разъяснения по вопросам судебной практики. Данные полномочия конкретизированы в ст. 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»²¹, где указано, что Пленум Верховного Суда РФ дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства Российской Федерации в целях обеспечения единства судебной практики (п. 1 ч. 4) и в ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об Ар-

¹⁷ См.: Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и форма судебной практики. М., 1975. С. 16-17.

¹⁸ Семьянов Е.В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

¹⁹ Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. Учебное пособие. М., 2001, С. 300.

²⁰ С3 РФ. 1997. № 1. С. 1.

²¹ С3 РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

битражных судах Российской Федерации»²², в которой говорится, что Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ рассматривает материалы изучения и обобщения практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и дает разъяснения по вопросам судебной практики (п. 1 ч. 1). Важно отметить, что формулировки полномочий пленумов высших судов в указанных актах различны. Например, в ст. 14 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» речь идет о разъяснениях по вопросам применения законодательства в целом, а не только в связи с обобщением судебной практики.

На практике нормативные положения соответствующих постановлений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ служат ориентиром, а подчас и императивной нормой для нижестоящих судов при принятии решений. Так, в ч. 4 ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса РФ говорится о том, что в мотивированной части решения могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, а п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ предусматривает, что основанием для пересмотра судебных актов в связи с новыми обстоятельствами является определение либо изменение в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте содержится указание на возможность такого пересмотра.

Нельзя утверждать, что постановления пленумов высших судов, содержащие разъяснения по вопросам судебной практики, являются нормативными правовыми актами. Но было бы неверно и полностью отрицать, что указанные постановления имеют определенное сходство с нормативными правовыми актами. Процедура принятия постановлений пленумов не является стандартной судебной деятельностью и больше напоминает процесс абстрактного правотворчества с участием не только судей, но и специалистов и экспертов в конкретной области права. Постановления пленумов высших судов не связаны с рассмотрением конкретных судебных дел и принимаются по группе однородных вопросов. В постанов-

²² СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

ления пленумов могут вноситься изменения и дополнения. Кроме того, постановления пленумов, как и нормативные акты, подлежат обязательному опубликованию.

В целом постановления пленума высших судов, содержащие разъяснения по вопросам судебной практики, можно отнести к числу вторичных источников права, однако их правовая природа весьма специфична и заслуживает специального изучения.

*С.И. Носов**

ПРАВОВОЙ НИГИЛИЗМ И ЕГО ВЛИЯНИЕ НА ПРАВОВОЕ РАЗВИТИЕ РОССИИ

Проблемы правового нигилизма в нашей стране на протяжении многих десятилетий и даже веков являются исключительно актуальными.

Потребность в изучении этого феномена обусловлена его исключительно широкой распространностью в общественной и государственной жизни, в сознании широких слоев населения, в правоприменительной деятельности.

Как соотносятся категории «правовой нигилизм» и «правовые традиции»? Какое влияние оказывает правовой нигилизм на правовое развитие России? Относится ли правовой нигилизм а) к правовым традициям и б) к традициям российской правовой жизни¹? Для ответов на эти вопросы немаловажным представляется вопрос о том, что представляют собой правовые традиции?

В основе формирования правовых традиций лежат правовые ценности. Право закрепляет и сохраняет как абсолютные ценности (жизнь, семья, собственность, безопасность и др.), так и правовые ценности (законность, правосудие, правопорядок, права человека и др.). Правовые ценности оказывают определяющее воздействие на формирование правовых традиций. Правовые традиции восприни-

* **Носов С.И.** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права РУДН.

¹ Под правовой жизнью понимаются разнообразные виды и формы деятельности в сфере действия права.

мают эти правовые ценности и через правовое сознание, правовую культуру, юридическую технику непосредственно влияют на развитие правовой системы государства. Кроме того, правовые традиции ориентируют человека на выбор варианта поведения в сфере действия права.

Как справедливо отмечается в юридической литературе, в современном мире традиции имеют значение мощного регулятивного фактора, подкрепленного этнокультурной сферой². Традиции сохраняют правовую систему, придавая ей качественное своеобразие и национальный колорит.

В юридической литературе даются различные определения правовых традиций. Согласно одному из таких определений правовая традиция представляет собой совокупность правовых знаний, правового опыта, полученного предыдущими поколениями, воспринятого на нынешнем этапе развития права, которая, воздействуя на духовную сферу общества, участвует в формировании правовой системы государства и правосознания его граждан.

Для правовой традиции характерно наличие следующих признаков:

- это прежде всего знания, опыт, полученные в рамках правовой деятельности;
- в основе правовых традиций лежат правовые ценности;
- правовая традиция передается следующему поколению и им воспринимается;
- имеет устойчивые формы выражения.

Правовые традиции выступают как обобщение социальной практики и становятся своего рода стереотипами поведения. Правовые традиции, наконец, представляют собой такие знания и опыт, которые сформировались на основе положительной правовой практики.

Исходя из вышеизложенного, правовой нигилизм не может быть отнесен к правовым традициям, прежде всего в силу его отрицательного содержания, негативного отношения к праву. В основе правовых традиций всегда находятся правовые ценности, которые отсутствуют в правовом нигилизме.

² Сорокин В.В. Русская правовая доктрина // Правовая доктрина России: теоретические и исторические аспекты. Межвузовский сборник, Барнаул, 2008. С. 19.

Вместе с тем на вопрос, является ли правовой нигилизм традицией российской правовой жизни, с сожалением приходится констатировать – увы, является. Правовой нигилизм имеет устойчивые формы выражения и оказывает мощное и крайне негативное воздействие на развитие правовой системы государства, на правосознание людей.

Является ли правовой нигилизм чисто российским явлением? Конечно, нет, он распространен и в других государствах, однако степень распространения и формы проявления этого явления в разных странах различны. В нашей стране правовой нигилизм имеет широкое распространение.

В современный период, когда конституционно определен курс на построение правового и демократического государства, право становится все более востребованным в обществе, а проблемы, связанные с юридическим нигилизмом, способами его преодоления, становятся куда более ощутимыми и болезненными, чем при невостребованном праве.

Справедливости ради следует отметить, что позитивные изменения в общественном сознании, хотя и медленно, но происходят. Так, при сравнении российского общества начала 90-х годов XX века с современным становится очевидным, что правовое сознание людей изменилось не только по форме, но и по содержанию. Граждане все более активно используют юридические механизмы защиты своих прав, свобод и интересов.

Вместе с тем общий уровень правового сознания в нашей стране продолжает оставаться недопустимо низким.

Нигилизм многогранен и имеет разнообразные формы проявления. Для понимания сущности правового нигилизма необходимо уяснение его природы как общесоциального явления.

Термин «нигилизм» в переводе с латинского означает «ничто». В зависимости от сфер проявления он может быть нравственным, политическим, религиозным и т.п. У нигилизма много оттенков, особенностей.

В качестве общей черты всех форм проявления нигилизма выделяют отрицание. В большинстве случаев чаще всего нигилизм воспринимается как явление отрицательное, деструктивное. Немало примеров, когда нигилизм принимает крайние, разрушительные формы. Вместе с тем иногда, хотя это скорее исключение из общего

правила, правовой нигилизм употребляется в положительном значении. Положительный контекст правового нигилизма имеет место тогда, когда речь идет о борьбе с тоталитарными, антидемократическими режимами, произволом властей, нарушающих права и свободы граждан. Как говорил Ж.Ж. Руссо, «деспот не может жаловаться на свергающее его насилие». По общему признанию нигилизм теряет свое отрицательное содержание, когда становится объективным отрицанием реакционного, консервативного. В истории, в том числе и нашей страны, немало таких примеров. Так, несомненно, как прогрессивная оценивается деятельность русских революционеров-демократов Н.Г. Чернышевского, Н.А. Добролюбова, А.И. Герцена, активно выступавших против самодержавия.

Однако в целом нигилизм в его наиболее распространенном понимании – явление исключительно негативное и социально вредное.

Признаком нигилизма является не объект, а степень отрицания, его интенсивность, категоричность, бескомпромиссность, что находит свое выражение в преобладании субъективного начала, в гипертрофированных сомнениях в известных ценностях и принципах. Более того, избираются способы действия, граничащие с антиобщественным поведением, нарушением моральных и правовых норм. К тому же для нигилизма характерно «отсутствие какой-либо позитивной программы или, по крайней мере, ее абстрактность и аморфность»³.

Социальный нигилизм широко распространился в нашей стране. Он проявляет себя по-разному в различные исторические периоды. Наш собственный исторический опыт показывает, что в периоды нестабильности в стране он может проявляться с особой разрушительной силой. В конце XX века он «расцвел» на волне охватившего страну «всеобщего негативизма», когда многое переосмысливалось, отвергалось и отрицалось. При этом поток негатива нередко сметал и позитивные начала. Безудержное отрицание самобычевание приводило к необоснованному осмеянию прежнего опыта, сложившихся культурно-исторических традиций, приводило к формированию у общества комплекса вины за «прошлые грехи». Нигилистические разрушительные тенденции не уравновеши-

³ См. Новиков А.И. Нигилизм и нигилисты. М., 1972. С. 14

вались созидающими. Как справедливо отмечалось в литературе, «у нас было два пиковых проявления тоталитарного мышления и сознания: тотальная апологетика послереволюционного прошлого и тотальное его ниспровержение»⁴. Ниспровергались не только режим, но и культура, традиции, государственность.

Несмотря на то, что крайние проявления социального нигилизма, ценой огромных усилий и потерь удалось преодолеть, тем не менее формы его выражения остаются весьма разнообразными (от недовольства общим политическим курсом в стране до акций протеста и общего враждебного отношения к государственным институтам, структурам власти). Следует признать, что и в настоящее время продолжается подрыв духовных и моральных основ общества, утверждается культ наживы, денег. Претерпели существенные изменения критерии престижа личности, ее роли в обществе.

К сожалению, общественное мнение стало куда менее чувствительным к нарушениям правовых и нравственных норм.

Изложенное свидетельствует о том, что социальный нигилизм таит в себе потенциальную угрозу возникновения в обществе противоречий и социальных конфликтов и его преодоление – важнейшая задача демократического, правового, социального государства.

Разновидностью социального нигилизма является правовой нигилизм. Его сущность состоит в отрицательном, негативном, неуважительном отношении к праву.

Антиправовые установки, стереотипы нередко рассматриваются как элемент, черта, свойство общественного сознания, национальной психологии российского общества⁵.

Распространенность правового нигилизма на протяжении многих десятилетий (и даже веков) породила тезис о невостребованности права российским обществом.

По мнению многих ученых, высокий уровень правового нигилизма в российском обществе в значительной степени является следствием исторического наследия, связанного со спецификой осуществления государственной власти, низким уровнем правовой культуры, национальным менталитетом.

⁴ См. Кара-Мурза С. Интеллигенция на пепелище России. М., 1997. С. 162.

⁵ См. Туманов В.А. О правовом нигилизме // Государство и право. 1989. № 10. С. 20.

Действительно, правовой нигилизм в нашей стране всегда имел широкое распространение и благодатную почву. Истоки правового нигилизма уходят в далёкое прошлое. С сожалением следует признать, что праву в нашей стране никогда не отводилось главное место в общекультурном наследии. Неслучайно Б.А. Кистяковский, известный отечественный пропагандист права, писал: «Право не может быть поставлено рядом с такими духовными ценностями как научная истинна, нравственное совершенство, религиозная святыня. Значение его более относительно»⁶. Правовой нигилизм в России и неуважительное отношение к праву давали обильную почву для критики в произведениях многих отечественных писателей и поэтов. В частности, по меткому выражению А.И. Герцена, жить в России и не нарушать законов нельзя. Автор отмечал, что «русский, какого бы звания он ни был, обходит и нарушает закон всюду, где это можно сделать безнаказанно; совершенно так же поступает и правительство»⁷. Особым сарказмом отличалась критика этих явлений в произведениях многих русских поэтов и писателей: А.С. Пушкина, М.Е. Салтыкова-Щедрина, Н.В. Гоголя и других. Суровость российских законов, отмечал Салтыков-Щедрин, смягчается необязательностью их исполнения. Русская жизнь, писал историк В.О. Ключевский, не знает никакого права.

Как отмечается в специальной юридической литературе, идея закона чаще всего ассоциировалась с монархом, главой государства. То, что исходит «сверху», от «начальства» – то и есть право⁸.

К сожалению, современная Россия не только не избавилась от этих пороков, но и в значительной мере их «обогатила» и преумножила. Правовой нигилизм обильно подпитывается такими реалиями нашей действительности, как циничный популизм лиц, облечённых властью, амбиции, тщеславие, некомпетентность чиновников.

К числу форм проявления правового нигилизма относятся:

- явное пренебрежение нормами законов и иных нормативных правовых актов;

⁶ Кистяковский Б.А. В защиту права. Интеллигенция и правосознание // Вехи. Из глубины. М. 1991. С. 122

⁷ Герцен А.И. Соч. Т. 7. М., 1950. С. 251.

⁸ Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Т. 3. М., 2001. С. 328–334.

- многочисленные коррупционные проявления;
- массовое неисполнение правовых предписаний (нарушения правил дорожного движения)⁹;
- решения органов власти и должностных лиц, содержащие двойные стандарты;
- избирательность применения норм законов, наличие неприкасаемых лиц.
 - Могут быть выделены факторы, способствующие распространенности правового нигилизма в нашей стране:
 - трансформация духовных и моральных основ общества, изменение критериев престижа личности (утверждение меркантилизма, культ денег, наживы);
 - второстепенная роль права в общем культурном наследии России;
 - использование права в качестве «дубинки», когда право может служить средством ограничения произвола или попрания свобод человека.

Чем больше мы заявляем о своей принадлежности к правовому демократическому, социальному государству, тем более чувствительными и болезненными являются эти проблемы.

Преодолим ли правовой нигилизм в нашей стране? Либо он стал настолько устойчивой нашей российской традицией, что любые средства борьбы с ним оказываются неэффективными?

Распространенность нигилизма, его глубокие исторические корни, низкий уровень правовой культуры, многочисленные факты правоприменительной деятельности, широкая пропаганда антиправа в виде брошюр, книг, изданий, обучающих читателя, как нужно обходить законы, находить в нем лазейки, не позволяют говорить с большим оптимизмом о серьезных успехах по преодолению этого явления.

Вместе с тем следует отметить сложность этой работы. Это объясняется необходимостью воздействия на сознательно-волевую, психологическую сферу человеческой деятельности.

Какое воздействие оказывают на эту сферу средства массовой информации, повсеместная общественная практика, отдельные

⁹ Согласно статистическим данным, на дорогах нашей страны гибнет около 300 тысяч человек в год. Главной причиной гибели наших граждан является несоблюдение правил дорожного движения водителями и пешеходами.

чиновники и представители правоохранительных органов? Увы, негативных примеров здесь более чем достаточно.

Составить серьезную конкуренцию потоку правового негатива, который буквально обрушился на сознание человека, серьезным правовым воспитанием, эффективной правовой пропагандой, ее активным распространением и, самое главное, – восприятием значительной частью населения, пока не удается.

Без формирования сознательно-волевых установок на положительное восприятие права о росте правосознания граждан как необходимом условии преодоления правового нигилизма говорить не приходится.

Здесь необходим целый комплекс продуманных, целенаправленных мер организационного, идеологического, воспитательного характера, рассчитанный на длительные сроки реализации. Быстрые результаты здесь вряд ли могут быть достижимы.

Другая, не менее важная составляющая этой задачи, – осуществление мер по формированию прочной нормативной основы институтов государства и общества, неуклонное соблюдение и реализация на практике законов и иных нормативных правовых актов.

Решение этих двух составляющих должно быть синхронным. Невозможно обеспечить повсеместное исполнение действующего законодательства всеми гражданами без высокого уровня правосознания, чего можно достичь только в случае восприятия идей и постулатов права всеми правоприменителями.

Также невозможно создание высокого качества юридических норм и эффективной практики правоприменения без должного уровня правопонимания и уважения к праву, отношения к нему как социальной ценности.

Таким образом, с учетом вышеизложенного могут быть сделаны следующие выводы.

1. Правовой нигилизм в нашей стране является устойчивой негативной традицией правовой жизни, имеет чрезвычайно разнообразные формы выражения, опирается на обширный отрицательный опыт (факты) в правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности, низкий уровень правосознания, изъяны в правовой идеологии, правовой пропаганде и воспитании.

2. Правовой нигилизм оказывает крайне негативное воздействие на правовое развитие, правовую систему государства, состояние

правового сознания, что обуславливает необходимость активной, системной, последовательной, повсеместной работы по его преодолению.

3. В преодолении правового нигилизма должны активно участвовать не только все институты государства, местного самоуправления, но и гражданского общества. Только в этом случае можно рассчитывать на результат.

*В.В. Трофимов**

ТРАДИЦИЯ УЧАСТИЯ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА В ПРОЦЕССАХ ФОРМИРОВАНИЯ АКТУАЛЬНОГО ПРАВА

Для России традиция участия общества в процессах формирования актуального права (права, соответствующего насущным потребностям людей и выражающего их актуальные запросы и интересы) отличается своей спецификой. С одной стороны, она встречается в истории (и на отдельных примерах это можно проанаблюдать), а с другой – эта традиция участия общества довольно неустойчива, прерывиста, отражает далеко не все возможные формы подобного влияния общественных структур либо населения в целом на процессы формирования актуального права. Современная ситуация в этой области также не отличается гармонией, нередко внутренне противоречива. С научных позиций эта проблематика характеризуется своим интересом и требует теоретического осмысления.

Основные демократические формы участия общества в процессах формирования права – традиции и новации. Процесс формирования права является сложным социально-юридическим процессом, в результате которого на базе сложившихся социальных правообразующих факторов, выявленных юридически значимых социальных интересов и сформулированных юридических идей создается система правовых норм, обеспечивающих упорядочен-

* **В.В. Трофимов** – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Тамбовского государственного университета имени Г.Р. Державина.

ность общественных отношений¹. Социальная ценность (эффективность) и качество сформированного права определяются целым рядом условий (профессионализм субъектов правотворчества, соответствие экономическим возможностям государства, научная обоснованность и системность проводимых в жизнь правовых решений и пр.). Однако все эти основания действенности правового материала являются во многом производными по сравнению с той ролью, которую выполняет общество (народ), демократические институты в плане влияния на процесс формирования права.

В число традиционных демократических институтов, с которыми связан процесс правоформирования, входят такие институты демократии (от англ. «*deliberate*» – советоваться, совместно рассматривать), как демократические выборы, референдум, народная правотворческая инициатива, публичные слушания проектов нормативных актов, институт лоббизма и некоторые другие.

Демократические выборы «предоставляют населению возможность сформировать (выбрать) такой субъект правотворчества, чья нормотворческая деятельность будет направлена на принятие нормативных правовых актов в интересах народа и отвечающих доминирующему в обществе ценностям и представлениям о них»².

В этом, по сути, заключается основное свойство народного представительства, способного выразить в праве насущные потребности общества. Б.Н. Чичерин по этому поводу справедливо замечал: «Никто не станет отрицать, как общее начало, что законодательство, имеющее живую связь с народом, заключает в себе гораздо более залогов силы, нежели законодательство, составленное бюрократическим путем»³.

Референдум – это один из способов прямой демократии, являющийся в соответствии с Конституцией Российской Федерации (ч. 3 ст. 3) наряду со свободными выборами высшим непосредственным выражением власти народа. Референдум предполагает воз-

¹ См. подробнее: Придворов Н.А., Трофимов В.В. О современной теории правообразовательного процесса: Правообразование и правообразующие факторы в праве. М.: Норма, 2012.

² Трусов Н.А. Современный опыт борьбы за содержание права при помощи выборов // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 1. С. 11.

³ Чичерин Б.Н. Русское дворянство // Несколько современных вопросов. – М.: ГПИБ, 2002. С. 105.

можность осуществления народом непосредственного правотворчества, сущность которого состоит в том, что политически дееспособные граждане непосредственно принимают участие во внесении предложений по содержанию предполагаемого нормативного акта, а также путем голосования придают данному нормативному акту юридическую силу, возводят его в закон⁴.

Одним из непосредственных способов волеизъявления граждан на предмет того, какой закон им в настоящее время необходим, является народная правотворческая инициатива, которая является формой осуществления власти, заключающаяся в официальном внесении во властные органы проектов нормативных правовых актов группой граждан в установленном законом порядке. Эта форма, имеющая свою довольно давнюю историю на зарубежном уровне, в России сегодня законодательно предусмотрена для муниципального уровня⁵.

Условием адекватного отражения в правовых нормах требований общественных отношений и юридически значимых интересов представителей гражданского общества является демократический институт публичных слушаний, который получил закрепление в ряде законодательных актов, регулирующих отдельные вопросы общественной жизни. Одним из действенных инструментов взаимодействия власти и общества в вопросах формирования права может также выступать институт правового лоббизма, который может иметь легитимные формы⁶.

В последнее время в связи с развитием информационных технологий стали складываться новые формы участия граждан в процессах формирования права. Главным образом, речь идет о выражении в сети Интернет волеизъявления по поводу инициации проекта

⁴ Федеральный конституционный закон от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации» (с изм. от 30.12.2006 г., 24.04.2008 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 27. Ст. 2710; 2007. № 1. Ст. 2; 2008. № 17. Ст. 1754.

⁵ Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Российская газета. 2003. 8 октября. С. 1–6; Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁶ О проблемах правового регулирования лоббистской деятельности см. подробнее, например: Малько А.В., Субочев В.В. Лоббизм: проблемы правового регулирования. Пятигорск: ПГТУ, 2003.

нормативного решения либо сбора голосов в поддержку принятия определенного правового акта или голосов протesta против каких-либо правотворческих инициатив, а также принятых юридических решений (назовем это условно формой электронной демократии).

Демократические формы участия общества в процессах правообразования в российской истории. История России не знает многочисленных примеров прямого или опосредованного участия народа населения в процессах формирования права. Это объясняется спецификой исторического опыта, особенностями соотношения государства и общества, а также степенью так называемой пассионарности (способностью к активному действованию) российского народа. Вместе с тем неверным было бы не увидеть в истории некоторых примеров, в той или иной мере подтверждающих тезис о том, что формы влияния общества на процессы формирования права существовали и использовались.

В частности, одними из таких примеров можно назвать опыт Новгородской феодальной республики, законотворческой деятельности новгородского народного собрания (новгородского вече) или форму общественной жизни русского казачества.

Новгород Великий был вольной городской общиной. Одним из первых признаков его политической непохожести стала сложившаяся ко второй половине XII в. выборность высшей новгородской администрации, когда люди, собираясь «всем городом» на вече, решали важные вопросы общественно-политической жизни.

По мнению российского историка В.О. Ключевского, новгородское вече было городским собранием, во многом совершиенно однородным со сходами других старших городов Руси, но с более существенным политическим простором. Вече, собиравшееся из всех, «кто считал себя полноправным гражданином», наряду со всеми вопросами внешней политики и внутреннего устройства, а также суда по политическим и другим тяжким преступлениям, «ведало всю область законодательства»⁷.

Другой формой общественно-политической жизни средневековой Руси было казачество, политогенез которого еще не в полной мере изучен. По одной из версий отмечается производность

⁷ См.: Ключевский В.О. Русская история. Полный курс лекций в трех книгах. Кн. 1. М.: Мысль, 1993. С. 387–388.

происхождения казацкой вольности, а именно – как следствие распада предшествующего золотоордынского государства, что во многом и предопределило направленность и особенности развития этой социокультурной общности⁸.

Для донского казачества были характерны свои способы организации политической и правовой жизни. Одной из ключевых форм в этом качестве выступали казачьи «сходы», на которых решались основные вопросы, в том числе принимались нормативные правовые решения. В каком-то смысле принципиальную роль при принятии правотворческих решений играла именно казачья община в целом, а не только какая-либо ее «верхушка» в лице атаманов, приговора схода и пр. В случае если за конкретные традиционные и (или) новые нормы обычного права голосовало не большинство казаков, имеющих право голоса, то нормы, введенные в действие таким приговором, часто не исполнялись⁹.

Усилилось, безусловно, влияние общества на процессы формирования права, начиная с эпохи первой русской революции 1905–1907 гг. (что во многом нашло отражение в известном Манифесте 17 октября 1905 г.). Это же влияние можно обнаружить и в законотворческой деятельности Государственной Думы Российской империи первых созывов.

В дополнение высказанного выше тезиса о встречающемся в истории России опыте участия общественности в выработке и принятии правотворческих решений можно привести также в пример советские времена. Участие общественных организаций в правовом регулировании (например, профсоюзным объединениям делегировалось право выработки отдельных норм права, нормативных актов) было в каком-то смысле органичной частью советской государственной системы¹⁰.

Все эти примеры свидетельствуют, что в российской истории на отдельных этапах, при определенных условиях складывались

⁸ См.: Фалалеев А.В. «Государственно-правовое положение Земли Войска Донского (конец XV – первая четверть XVIII вв.)». Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 9.

⁹ См.: Краснов С.Ю. Обычно-правовое регулирование имущественных отношений у донских казаков во второй половине XIX века (историко-правовой аспект). Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 21.

¹⁰ См. подробнее: Горшенев В.М. Участие общественных организаций в правовом регулировании. М.: Госюриздан, 1963.

предпосылки для привлечения общества в процесс формирования права, что крайне важно и для самого процесса и для его итоговых результатов в виде созданной и действующей системы правовых норм. Однако рассмотренный опыт можно признать недостаточным, и примеров, когда обществу навязывались «сверху» правовые правила (требования), сравнительно больше.

Современные формы демократии в России и процесс формирования права. В связи проблемой качества современного российского законодательства связан вопрос об отчетливости сигнала, идущего от общества, на осуществление тех или иных правотворческих действий. Формы и способы «подачи» данного социально-го сигнала могут быть различны в демократическом государстве.

Особое значение в этом плане имеет такой институт прямой демократии, который относится в науке к институтам, обеспечивающим прямое участие граждан в формировании системы публичной власти, как демократические выборы. На данном уровне устанавливается необходимый диалог между обществом и властью, предметом которого является не в последнюю очередь «право». В своей докторской диссертации «О народном представительстве» Б.Н. Чичерин сформулировал эту идею народного представительства следующим образом: «Представитель не только лицо, служащее государству, но на этой службе он заступает место самих граждан, насколько они призваны к участию в государственных делах. В нем выражается их право...»¹¹.

В современных условиях в контексте взаимодействия российского гражданского общества и правового государства особое значение может иметь так называемое непосредственное правотворчество народа, которое, будучи одной из форм современного правотворчества, связано с осуществлением такой формы участия широкой общественности в делах государства, как референдум – способ прямой демократии, предоставляющий гражданам выразить коллективную правотворческую волю¹².

Действующий в настоящее время Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации» от 28 июня 2004 г. каких-либо норм, которые прямо предусматривали бы ме-

¹¹ Чичерин Б.Н. О народном представительстве. 1899. С. 5–6.

¹² Поленина С.В. Правовая политика – генерализующий фактор правотворчества // Государство и право. 2011. № 1. С. 96.

ханизм вынесения на референдум, инициируемый гражданами, проектов каких-либо нормативных актов или действующие акты с целью их отмены, не содержит. (За исключением, пожалуй, лишь того, что действующий сегодня российский закон указывает в ст. 6 перечень вопросов, которые могут выноситься на референдум, в том числе указывает в ч. 2 ст. 6 Федерального конституционного закона «О референдуме Российской Федерации» вопрос о вынесении на референдум проектов нормативных актов.)

Другим условием адекватного отражения в правовых нормах требований общественных отношений и юридически значимых интересов представителей гражданского общества являются гарантии демократизации и гласности всего нормотворческого процесса. Это предполагает разработку и приведение в действие определенных механизмов, допускающих к участию в работе над созданием правовых норм (в части, например, предварительных всенародных обсуждений или так называемых публичных слушаний).

Так, еще в 2001 г. Независимым институтом выборов был разработан проект Федерального закона «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов, федеральных законов и вопросов, требующих законодательного решения»¹³. Однако эта инициатива осталась нереализованной.

Законодательное закрепление института публичных слушаний (по крайней мере на муниципальном уровне) существует, вместе с тем требуется дальнейшая разработка механизмов его практического применения. Это необходимо для того, чтобы данный инструмент не сводился лишь к одному из способов «odemократизации» правотворческой деятельности, а представлял собой реальное средство привлечения граждан к участию в процессах формирования актуального права.

Следует также сказать о законном лоббизме¹⁴ (именно – законном), который, имея четкие конституционно-правовые формы, способен принести пользу как инструмент выражения юридически

¹³ Краснова О.И. К вопросу о некоторых принципах федерального законодательного процесса России // Государство и право. 2005. № 12. С. 97–98.

¹⁴ Слово «лоббизм» входит в активный оборот на рубеже XVI–XVII вв. в Англии и означает поначалу «прогулочные площадки» или «прогулочные коридоры» в монастырях, а несколько позже – непосредственно помещения вокруг залов заседаний английского парламента, где проходили встречи законодателей с гражданами.

значимых общественных интересов. При отсутствии надлежащего правового регулирования складываются ситуации, при которых заинтересованные субъекты просто вынуждены осуществлять лоббистскую деятельность, чтобы защитить свои интересы и предотвратить негативное влияние групп давления.

Активное участие населения в принятии нормативных решений может выражаться в форме так называемой «народной правотворческой инициативы», что предусматривается федеральным законодательством для решения вопросов местного самоуправления. Народная правотворческая инициатива заключается в официальном внесении в органы местного самоуправления проекта правового акта по вопросам местного значения группой граждан в порядке, установленном уставом муниципального образования. (Данную форму непосредственного осуществления населением местного самоуправления в числе системы других предусмотрел Федеральный закон от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ст. 26)).

В Российской Федерации право народной (гражданской) инициативы пока не получило признание на общегосударственном уровне. Пока это уровень местных решений. Однако и здесь его использование практикуется не часто, поэтому говорить о том, что данная форма востребована на более широких «политических просторах», думается, преждевременно.

Возможно, недостаточный эффект от правотворческой инициативы в непосредственной плоскости правовой жизни может быть отчасти компенсирован активностью граждан в виртуальном пространстве, при помощи форм так называемой *электронной демократии*. Эти новые информационные формы влияния на процессы правообразования стали получать определенное легальное закрепление, правда, пока на уровне указов Президента Российской Федерации. Так, Указ Президента РФ от 9 февраля 2011 г. № 167 «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов» предусматривает, что законопроекты, затрагивающие основные направления государственной политики в области социально-экономического развития РФ, по решению Президента РФ могут выноситься на общественное обсуждение. Рассмотренная форма уже получила одобрение в ходе обсуждения целого ряда законопроектов.

Реализуя предвыборные обещания, вновь избранный в 2012 г. на новый президентский срок В.В. Путин предпринял ряд мер по модернизации и оптимизации системы управления. Так, президент РФ своим Указом от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» поручает Правительству Российской Федерации обеспечить достижение определенных показателей, касающихся повышения качества и доступности услуг государственной и муниципальной службы, а также налаживания обратной связи с обществом.

Ряд из соответствующих указаний уже воплощается на практике. В частности, утверждена Концепция формирования механизма публичного представления предложений граждан Российской Федерации с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для рассмотрения в Правительстве Российской Федерации предложений, получивших поддержку не менее 100 тыс. граждан Российской Федерации в течение одного года от 23 августа 2012 г. № 4368п-П16 («Российская общественная инициатива»). Однако целый ряд мероприятий еще не завершен (многое в этом плане намечается на весну 2013 г.), работа по развитию форм электронной демократии последовательно продолжается.

Анализ перечисленных форм показывает, что вариантов выражения правообразующей активности общества немало, причем все они (или практически все) имеют в той или иной степени законодательное закрепление и могут быть при условии надлежащей готовности общества реализованы в социально-политической и правовой практике. Однако нельзя не отметить, что сегодня многие из названных форм не реализуются либо реализуются не в полной мере. Это связано с целым комплексом причин: нет четкой и системной законодательной регламентации (законодательство, предоставляя возможности, далеко не во всем предоставляет механизмы их реализации; многие меры остаются пока на уровне указанного нормотворчества и пр.); отсутствует пассионарность российского населения (о чем говорил в своем недавнем Послании Федеральному собранию РФ Президент РФ); отсутствует должный уровень политической и правовой грамотности.

*Л.Е. Лаптева**

ТРАДИЦИИ РОССИЙСКОЙ БЮРОКРАТИИ

Не секрет, что слово «бюрократия» часто несет негативную коннотацию. В русском языке даже существует производное существительное, обозначающее отрицательное социальное явление – «бюрократизм». Подобный лингвистический феномен во многом объясняется тем, что в России никогда не было рациональной бюрократии в веберовском понимании (вера в легальность установленных норм и признание того, что право чиновника принимать решения существует только в рамках предписаний, установленных этими нормами). Поэтому произвол администраторов, которые обладали относительно широкой дискреционной властью при отсутствии четко установленного законом контроля и неразвитой судебной ответственности, связывались с понятием бюрократии как ее родовые признаки.

Петровская попытка рационализации российской бюрократии, как и соответствующие начинания Александра II, остались незавершенными, что и неудивительно в условиях самодержавия. Предпринятых тогда полумер оказалось недостаточно для избавления российской бюрократии от указанных выше признаков¹. Главный недуг и главная традиция бюрократии – склонность к произволу – оставалась в неизменности. Приходится констатировать, что до наших дней российское общество не может создать институты общественного контроля, эффективно ограничивающие бюрократический произвол. Поэтому очень опасны идущие в последнее время разговоры о том, что устарела идея правового государства, а актуальность сохраняет только государство законности.

* Лаптева Л.Е. – доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук.

¹ Более того, эпоха глобализации показала, что склонность к произволу – едва ли не интернациональный признак бюрократии, способной при отсутствии должного общественного контроля быстро оформляться в касту, защищающую свои интересы. Следовательно, корректно говорить не столько о негативных особенностях российской бюрократии, сколько об общих чертах, присущих управленцам, независимо от национальности.

Спору нет – законность в управлении чрезвычайно важна. Под этим лозунгом в Европе формировалось полицейское государство, важный этап становления правового государства. Однако государство законности ориентировано на любое позитивное право и не имеет в своем арсенале оценочных средств, позволяющих определить правовой или неправовой характер закона или подзаконного акта. Для такого государства важен факт подзаконности органов публичной власти своим установлениям, что неоднократно подчеркивалось в отечественной и зарубежной литературе: «Законное господство основано на существовании права (ориентированного на рациональную целенаправленность или на ценностную рациональность) как совокупности абстрактных правил, обязательных для всех, в том числе и для высшего руководства, которое подчиняется обезличенной власти закона»². Но если признать высшей ценностью только устанавливаемое верховной властью законодательство, остается незаблокированным путь к неоправданному ущемлению субъективных прав и бюрократическому произволу. Поэтому одной из характерных черт или традиций бюрократии следует считать склонность отдавать предпочтение целесообразности в ущерб законности.

Управление нацелено на результат, поэтому любой администратор склонен принимать решения в плоскости целесообразности. Хорошо, когда целесообразное решение не противоречит закону, но, в принципе, «совмещение начала целесообразности с началом правомерности представляет собой задачу трудную, которая требует разносторонне обдуманного и искусного решения»³. Тем более что законы наделяют государственные органы в большей или меньшей степени дискреционной властью, в пределах которой «административный орган движется свободно и свободно избирает наиболее целесообразный образ действия». Конечно, при этом подразумевается, что «свобода административной деятельности не должна выражаться в чистый произвол, но должна сообразоваться с теми целями, которые поставлены управлению законодателем»⁴. Следует отметить, что в России подзаконность управления тради-

² Коля Доминик. Политическая социология. М., 2001. С. 92.

³ Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1908. С. 505.

⁴ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 507.

ционно работает на «сохранение системы». То есть на обеспечение защиты интересов верховной власти или правящих элит от «своевольного и своекорыстного извращения их подчиненными государственными органами»⁵ и только во вторую очередь (если такая задача вообще ставится) обеспечивает защиту населения от произвола управленцев.

Заметим, что законность в управлении даже очень квалифицированными русскими юристами не рассматривалась как абсолютный императив. Весьма своеобразную концепцию встречаем мы у видного представителя консервативного направления русской политики-правовой мысли К.П. Победоносцева. Подчеркивая значение нравственности в управлении, он ставит под сомнение идею законности: «Законы становятся сетью не только для граждан, но, – что всего важнее, для самих властей, призванных к применению закона, – стесняя для них, множеством ограничительных и противоречивых предписаний. Ту свободу рассуждения и решения, которая необходима для разумного действования власти. Когда открывается зло и насилие, когда предстоит защитить обиженного, водворить порядок и воздать каждому должное, необходимо властное действие воли, направляемое стремлением к правде и к благу общественному. Но если при том лицо, обязанное действовать, на всяком шагу встречается в самом законе с ограничительными предписаниями и искусственными формулами, если на всяком шагу грозит ему опасность перейти ту или другую черту, из множества намеченных в законе, – если при том пределы властей и ведомств, соприкасающихся в своем действии, перепутаны в самом законе множеством дробных определений, – тогда всякая власть теряется в недоумениях, обессиливается тем самым, что должно бы вооружить ее силою, т.е. законом, и подавляется страхом ответственности в такую минуту, когда не страху, а сознанию долга и права своего надлежало бы служить единственным побуждением и руководством. Нравственное значение закона ослабляется и утрачивается в массе законных статей и определений, нагромождаемых в непрерывной деятельности законодательной машины, и напоследок самый закон – в сознании народном получает значение какой-то внешней силы, неведомо зачем ниспадающей и

⁵ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 505.

отовсюду связующей и стесняющей отправления народной жизни»⁶.

Проблема точного исполнения законов коренится и в достаточно широкой дискреционной власти, предоставленной управленцам, начиная от делегированного законодательства и заканчиваая возможностью выбора вариантов при издании индивидуального управлеченческого акта. В дореволюционной России подобная проблема артикулировалась особенно часто после образования Государственной думы. Вслед за многими другими государствоведами своего времени В.Д. Набоков указывал, что «начало законности не может быть сколько-нибудь прочным, пока не устранена окончательно возможность и дополнения, и изменения законов распоряжениями правительственной власти, возможность конкуренции власти верховного (а тем более подчиненного) управления с властью законодательной, – конкуренции, господствовавшей при нашем дореформенном строе и лишавшей его всякого правового характера»⁷. В.Д. Набоков отмечал факты нарушения установленного порядка законодательства: «именно самые последние годы характеризуются каким-то возведением... неуважения к закону в принцип, им как-то щегляют, открыто подчеркивая, что законы и законность всегда и бесспорно должны отступать перед требованиями «Государственной целесообразности». Дело дошло до того, что низшие инстанции предъявляли Сенату возражения против получаемых ими указов Сената, мотивируя их соображениями нецелесообразности.

Пренебрежение законностью существовало при очевидном попустительстве со стороны верховной власти, поскольку ответственность чиновника за нарушение закона наступала далеко не всегда. Идея неотвратимости наказания, принцип формального равенства как основа правового подхода к таким наказаниям пробивалась в правосознание российского бюрократа с большим трудом. В 90-х годах XIX века вопрос об ответственности губернаторов за нарушение закона обсуждался высшими правительстенными чиновника-

⁶ Победоносцев К.П. Закон // Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. Сборник статей и писем. М. 1993. С. 150.

⁷ Набоков В.Д. Принцип законности в администрации, суде и в Государственной думе // Русский конституционализм в период думской монархии. М. 2003. С. 104.

ми. МВД возражало против расширения прав Сената в области преддания суду таких чиновников. Объясняли это тем, что рассмотрение вопроса в поле законности может затронуть губернаторов, которые «в особых обстоятельствах чисто технически нарушают закон». Подобное заявление наглядно демонстрирует отсутствие в правительственные кругах представления о том, что деятельность чиновника любого ранга должна основываться на строгом соблюдении законности. Министерство настаивало, чтобы такие дела рассматривали Комитет министров и император, учитывая соображения целесообразности того или иного незаконного решения.

Проблема безответственности чиновников стояла и на других уровнях управления. Констатируя кризис администрации в начале XX века, И.Т.Тарасов писал: «Для полиции, безответственной перед судом, как наша полиция, всякая принудительная власть оказывается рано или поздно недостаточною, при мизерных или призрачных результатах, достигаемых ею, так как, с одной стороны, стремление к произволу всегда безгранично, с другой – произвол этот сам по себе обессиливает полицию, создавая для нее *все* новые и новые опасности»⁸. Заметим, что в современных российских реалиях мы тоже можем наблюдать и произвол полиции, и выраженную дифференциацию в подходе к ответственности чиновников, как за халатность, так и за прямое злонамеренное нарушение закона.

Ориентированность не на закон, а на позицию начальства приводила кискажению целеполагания в работе чиновников. Цель, понимаемая как максимально быстрое и эффективное достижение управленческого результата, нередко заменялась частной карьерной целью и порождала замкнутость не на интересы дела, а на мнение начальства, которое не принято было оспаривать. Сущность основного конфликта, который назревал внутри российской пореформенной администрации, заключалась в противоречии между идеей рационализации управления, плохо реализуемой в условиях неограниченной власти монарха, и идеей, согласно которой вся ключевая бюрократия должна складываться из доверенных лиц государя. Уже в 80-х годах К.П. Победоносцев, ближайший советник Александра III, по-прежнему убежденно говорил: «Российское

⁸ Тарасов И.Т. Личное задержание, как полицейская мера безопасности. Ч.II. Отд. II. Ярославль. 1886. С.364.

государство имело более персоналистский, нежели институциональный характер, опиралось в значительной мере не на институты, а на людей. Такое понимание особенностей российской государственности приводило... к выводу о том, что любые проекты преобразования государственного строя сами по себе ничтожны, бессмысленны, что никакие отдельные меры не приведут к улучшению государственного управления, если на высших должностях не будет достойных людей, способных эффективно действовать в интересах своего народа⁹. Спору нет – на любых управлеченческих должностях нужны люди честные и бескорыстные, облеченные доверием народа. Причем именно народа, а не начальства. Однако этого вовсе недостаточно – основа управления – это, прежде всего, разделение властей, правовая законность, ставящая формальные препятствия произволу должностных лиц. Упорное акцентирование роли персонального доверия блокировало путь к эффективному взаимодействию власти и общества.

Отсутствие выраженной ответственности перед обществом, зависимость от мнения начальства порождали в российской бюрократии пренебрежение субъективными правами подданных и стремление обслуживать интересы самой бюрократической системы. Неверие в право и безразличие многих чиновников к правам клиентов распространено и теперь. Оно ведет к дальнейшему отчуждению государственного аппарата от общества, к привычной для российского обывателя позиции: «Тут не исправить уже ничего». Презюмируется злонамеренность и продажность всей нашей бюрократии, хотя это далеко не всегда соответствует действительности. Иногда речь идет «просто» о некомпетентности, плохом знании ситуации, которой следует «управить». Так, в частности, решался вопрос с поправками в печально знаменитый ФЗ-94 «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». Для этого понадобилось письмо тогдашнему Президенту РФ Д.А. Медведеву, неоднократные встречи в министерствах и Государственной думе и даже крупнейший митинг российских ученых, который

⁹ Главный афоризм К.П.Победоносцева на эту тему: «У нас, в России, все только людьми можно сделать». См.: Томсинов В.А. Конституционный вопрос в России в 60-х начала 80-х годов XIX века. М., 2013. С. 206–207.

состоялся 13 октября 2011 г. Самым показательным моментом в этой истории была реплика Минфина: «Если ученым разрешить тратить средства без конкурсов, то придется разрешить и всем остальным, например, стонущим по аналогичному поводу медикам».

Парадокс заключается в двух вещах. Во-первых, Минфин как бы исходит здесь из идеи формального равенства, понимает, что предоставление желаемых исключений только ученым в правовом смысле является привилегией, отходом от основного принципа права. Однако вывод делается вполне в традициях российской бюрократии: лучше «не пускать» всех, чем трудиться над созданием системы эффективного контроля за расходованием средств. Во-вторых, как раз воровать-то излишняя бюрократизация никому не мешает, зато мешает работать тем, кто этого хочет.

Подобное поведение, кроме всего прочего выражает традиционную, идущую со времен полицейского государства, государственного патернализма позицию российской бюрократии – патологическое недоверие к гражданам (подданным).

Нежелание решать реальные проблемы общества, замкнутость на собственные корпоративные интересы ведет к разрыву между декларируемыми и реальными целями и задачами. Число управляемцев растет, а их компетентность и профессионализм снижаются. Одной из главных целей управления становится сохранение бюрократической корпорации. Поэтому «нигде, никогда, никакая бюрократия по доброй воле не принимает решений, урезающих ее полномочия и связанную с ними кормушку»¹⁰. Трудности с созданием инвестиционной привлекательности России, законопроект о компенсации за счет государственных средств потерь российских граждан в результате решений иностранных судов – все это звенья одной цепи. При этом низкое качество политических и экономических решений компенсируется рассуждениями о патриотизме, необходимости защищать общенародные интересы от покушений внешнего и внутреннего врага.

Конечно, ни в коем случае нельзя говорить об эгоизме и непрофессионализме всей бюрократии. Любое государство стремится использовать в управлении грамотных людей, способных преодолеть косность мышления бюрократического балласта. Так было

¹⁰ Орешкин Д. Элитообменная операция // Огонек. 2013. № 15. С. 13.

в преддверии судебной реформы 1864 г. Тогда юридическое образование в России стало проектом монархов, поэтому они проявляли благосклонность к выпускникам юридических факультетов, и особенно Училища правоведения, хотя формально оно давало только среднее образование. В итоге юристы, прежде всего, на высших государственных должностях, осознавали себя носителями высокой идеи права и редко уважали прежний опыт. «Вознамерившись посвятить себя служению закону», эти люди с трудом принимали дореформенную судебную систему, «которая требовала неукоснительного следования формальным процедурам. Осознавая различие между собой и другими группами в администрации, новые чиновники вырабатывали понимание особой миссии»¹¹. Между тем старшее поколение чиновников придерживалось прежних ценностей. «Существующая система была для них данностью, и они усвоили лежащую в ее основе идею покорности, которая позволяла им терпимо воспринимать то, с чем они сталкивались в служебной практике»¹². Более того: поскольку принципы устройства администрации в ходе реформ не менялись, система управления продолжала воспроизводить служащих старого типа.

Поворот к осознанию необходимости соблюдения законодательства вступал в конфликт с сохранявшейся психологией «слуг государевых». Поэтому многое пока зависело от личных качеств, в том числе элементарного мужества государственных служащих высшего ранга. Известно, что П.А. Столыпин не стал давать какие бы то ни было официальные распоряжения о прекращении «газетной травли» Г. Распутина, хотя Николай II потребовал этого в самых решительных выражениях. Правда, ему все же пришлось использовать «личный авторитет» для того, чтобы повлиять на редакторов некоторых серьезных газет. А вот следующий министр внутренних дел А.А. Макаров пошел на нарушение законодательства о свободе печати и дал соответствующее распоряжение Московскому генерал-губернатору, чем вызвал большой публичный скандал¹³.

¹¹ Уортман Р.С. Власти и судии. Развитие правового сознания в императорской России. М., 2004. С. 344.

¹² Там же.

¹³ Звягинцев А.В., Орлов Ю.Г. В эпоху потрясений и реформ. Российские прокуроры 1906–1917 гг. М., 1996. С. 167–168.

Здесь шла речь о негативных традициях отечественной бюрократии, которые во многом являются следствием общих проблем нравственного и правового сознания российского общества. Между тем взаимоотношения бюрократии и общества можно было бы построить на основе взаимного уважения, признания неразрывности правовой свободы индивида и интересов государства. Пример нравственного и правомерного поведения со стороны бюрократической элиты мог бы привести к повышению общего уровня правосознания и нравственности в обществе, без которых немыслима истинная гражданственность и которые формируют Народ в самом высоком смысле слова.

*Т.И. Метушевская**

ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ КАК ГАРАНТ ПРЕЕМСТВЕННОСТИ И СТАБИЛЬНОСТИ В РАЗВИТИИ РОССИЙСКОГО ГОСУДАРСТВА

Сегодня становится все более очевидной необходимость проведения государственно-правовых реформ с учетом национального опыта. Построение качественно новой эффективной государственно-правовой системы должно строиться на традиционных для российского общества и государства ценностях. Проводимые сегодня преобразования должны быть сориентированы не только на систему традиционных либеральных ценностей, представляемых зачастую в качестве «общечеловеческих» идеалов, сколько на национальную государственно-правовую традицию, оформившуюся в результате исторического развития России. Кризис западной традиции права все более отчетливо ставит перед нами задачу поиска своего пути, своей идентичности, своих традиций¹.

На наш взгляд, всякое действующее право, в каких бы формах оно ни обнаруживалось, имеет свою систему ценностных идейных

* Метушевская Т.И. – кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой конституционного и административного права Курского государственного университета.

¹ Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 48.

координат. Именно эти ценности образуют традиции правовой системы. Они объективны по сути, т.к. базируются на конкретном историко-культурном фоне, и подчеркивают своеобразие той или иной правовой системы.

В качестве отправной точки при анализе правовых традиций России мы будем отталкиваться от правовых традиций Запада, т.к. корни у нас общие – христианство, а пути разные. Сравнительно-правовой подход позволит нам более четко выкристаллизовать уникальные черты нашей правовой системы, оценить масштабность влияния Запада на Россию в определенные исторические периоды, подчеркнёт наше своеобразие. Мы не считаем западную модель идеальной, а используем ее в качестве индикатора нашей уникальности.

Из характерных черт российской правовой традиции мы выделяем следующие: антиномичность русского менталитета, вторичность права по отношению к государству, континuum государственной власти и права, иерархическую форму самоорганизации в России. Рассмотрим каждую из обозначенных нами черт подробнее.

Антиномичность русского менталитета, выдвинутая Н.А. Бердяевым, сущностью которой выступает бесконечная борьба и единство в русском человеке рационального и иррационального начала, в том числе в правовой сфере. «В русской традиции нет и следа рационалистического формализма в правовой сфере, здесь разум и чувство не враждебны»².

С одной стороны, русский человек стремится всячески упорядочить свою жизнь с помощью различных правил, запретов. Особенно ярко данная попытка была предпринята Петром I, когда вся жизнь российского государства была подвергнута рационализации. Была изменена система управления, изданы десятки регламентов и указов, направленных на упорядочение государственной и частной жизни. Однако император не испытывал иллюзий и четко понимал, что западный подход в управлении даст на русской почве другой результат, нежели в Европе. Своей главной задачей он видел необходимость привить русским форму, а уже потом перейти к содержательной составляющей.

² Сорокин В.В. Становление правопонимания на Руси // История, теория, практика российского права: сб. науч. работ. Вып. 8. Курск, 2011. С. 88.

С другой стороны, «стихийная природа русских»³, «энергия архаики»⁴, «импульсивность и неорганизованная спонтанность»⁵ – это своего рода предохранительный клапан, сохраняющий российскую традицию, подчёркивающий самобытность нашей культуры, механизм, позволяющий проверить на прочность любую новую идею.

На наш взгляд, рационалистическая составляющая выступает в роли катализатора, способствующего развитию российской правовой системы, её изменению, реформированию, преобразованию. Запад, с его рационалистической основой, – это мужское начало, над которым природа позволяет экспериментировать, при этом результат опыта непредсказуем. Россия же – начало женское, стремящееся сохранять традиции посредством иррационализма русского менталитета.

Многие авторы высказывают мнение об ошибочности курса реформирования России по западному образцу в эпоху правления Петра I. Они считают, что именно в XVIII в. был заложен механизм отхода от российской правовой традиции, потери нравственных ориентиров русского общества, «обмирщения и десакрализации Права»⁶.

Мы предлагаем посмотреть на данный процесс под другим углом зрения. Иррациональная сущность русской природы лишена, на наш взгляд, внутреннего двигателя развития. Традиционные православные ценности, лежащие в основе правосознания и правопонимания русского человека, создают прочный каркас надежной и стабильной традиции, но не содержат в себе потенциала для развития права и его совершенствования в соответствии с вызовами времени. Западная традиция права, основанная на плюрализме юрисдикций и их соревновании в рамках одного общества, одной правовой системы, демонстрирует нам стимулы к саморазвитию, совершенствованию, заложенные в глубинах самой традиции. Та-

³ Бердяев Н.А. Истоки и смысл русского коммунизма: Репринтное воспроизведение издания, 1955. М., 1990., С. 8.

⁴ См., подробнее: Ахиезер А.С. Россия: критика исторического опыта (социокультурная динамика России). Новосибирск, 1997.

⁵ Захаров Н.Л. Социальные регуляторы деятельности российского государственного служащего. М., 2002. С. 45.

⁶ Сорокин В.В. Указ. соч. С. 93.

ким образом, для модернизации российской правовой традиции необходим был внешний стимул, в качестве которого и выступила западная традиция права, основанная на рационализме и положенная в основу государственного управления при Петре I. Это не означает, что мы отошли от своих истоков и разорвали связь времен, идей, нарушили преемственность. Наоборот, мы лишний раз продемонстрировали свою приверженность антиномии как сущностной характеристике русского менталитета. Рациональное и иррациональное в российской правовой традиции помогают открыть реальную систему бытия, как гармонию разных и противоположных смыслов и значений. Такая гармония и есть целостность функционирования русской правовой традиции.

Вторичность права по отношению к государству. Континuum государственной власти и права. На наш взгляд, в вопросе первичности права и государства на российской почве побеждает государство. Право в России не обладает определенной относительной автономией, как на Западе. Оно политико-зависимо и корректируется, развивается в зависимости от воли законодателя и тех целей, которые он ставит в реформировании государства на том или ином этапе. Право и закон выступают в качестве инструмента власти, а не самостоятельной ценности. Следовательно, развитие права напрямую зависит от государственных целей и задач на каждом историческом этапе.

На Западе принцип законности сформировался довольно рано, и право стало рассматриваться отдельно от теологии, политики и экономики. Правовыми учреждениями управляли профессионалы-юристы, основываясь на науке правоведении. «Монарх может творить закон, но он не может творить его произвольно, и до тех пор, пока он не переделает его, законным же образом, он связан им»⁷, отмечает Г. Берман. В России видение понятия «права» и «закона» было иным. Понятийной формой выражения безусловной и конкретно-исторической истины, высшей и законной справедливости было религиозно-философское понятие правды, как чувство-знание божественной закономерности, природной и социальной ограниченности. Оно явилось основой понимания сознания как правового, воплощение которого виделось в созда-

⁷ Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 27.

нии «государства правды», «закона правды», в праведности государственно-правовой жизни⁸.

Если говорить о понимании закона в России, то, по мнению историка права И.А. Кравца, в XVIII–XIX вв. законом считалось любое волеизъявление царя, облеченнное в определенную правовую форму⁹. Н.И. Лазаревский отмечал, что юридически было совершенно безразлично, в какой форме давалась царская санкция: устно или письменно, личной подписью или иным способом¹⁰.

Таким образом, для западного человека право – это институт гражданского общества, призванный защитить гражданина от произвола государства¹¹. Оно выступает условием правового равенства, указывает на обезличенность правовых реакций и является эквивалентом справедливости в распределительном смысле¹². Для российского правосознания характерно не столько право в качестве ценности, сколько понятие правды как некоего нравственного ориентира, к которому нужно стремиться. Государственная власть при этом понимается как олицетворение божественной воли и высшей правды. Отсюда и бесконечная вера русского народа в «батюшку царя», его справедливость и зависимость правового регулирования от государственной власти. К тому же, как отмечал К.Н. Леонтьев: «Русский народ любит власть больше, чем закон»¹³.

Следует подчеркнуть неразрывность и взаимовлияние таких категорий как государственная власть и право в русской правовой традиции. А.И. Хорошильцев пишет по этому поводу: «Так, государственная власть, формируя позитивное право, отражается в нем. В свою очередь позитивное право оказывается таким, каким его реализует в действительность власть. Право и власть

⁸ Демченко Т.И. Правовое сознание в древнерусской и российской государственно-правовой жизни. Автореф. дисс. ...докт. юрид. наук. Ставрополь, 2011. С. 14.

⁹ Кравец И.А. Конституционализм и российская государственность в начале XX в. М., 2006. С. 34.

¹⁰ Лазаревский Н.И. Конституционное право. Т. I. СПб., 1910. С. 110–111.

¹¹ Кант И. Метафизика нравов в двух частях. Соч. Т.4 . Ч. 2. М., 1965. С. 233.

¹² Малахов В.П. Концепция философии права. М., 2007. С. 234.

¹³ Емельянова Б.В. , Новикова А.И. Цит. по: Н. Бердяев о русской философии / Сост., вступ. ст. и примеч. Свердловск, 1991. Ч. I. С. 258.

служат инструментами взаимного утверждения их в действительности»¹⁴.

Иерархическая форма самоорганизации в России, в отличие от западной плюралистической.

Эта характерная черта правовой традиции коварным образом не дает развиваться российскому праву стихийно, под воздействием объективной реальности, в борьбе идей, т.к. правовой плюрализм¹⁵ как постоянное соревнование различных юрисдикций и правовых систем в России (VIII–XIX вв.) попросту отсутствует.

Важнейшей особенностью иерархической системы выступает сложная форма субординации, которая упорядочивает линии подчинения, в которых деятельность одного порядка оказывается зависимой от деятельности второго порядка и т.д. Иерархическая система определяет приоритет в потреблении ресурсов и наивысшую степень защиты для подсистем управления¹⁶.

На наш взгляд, иерархичность несёт в себе положительные и отрицательные моменты.

Отрицательной чертой выступает отсутствие критики права общественностью, госслужащими, которые работают с правом активнее всех. Это приводит к медленному обновлению права, отсутствию четких идей о праве, его функциях, самостоятельности, ценности как социального регулятора.

Следует подчеркнуть, что это вовсе не значит, что в российском государстве отсутствовала система обратной связи, и просчёты в реализации права не были очевидны для власти (Земские соборы, наказы, челобитные). Петр I положил в основу организации деятельности коллегий принцип коллегиальности, тем самым создал возможность коллективного обсуждения управлеченческих решений и задач, начиная с низших чинов, «дабы дурость каждого

¹⁴ Хорошильцев А.И. Юридический континуум свободы в контексте анти-номического отношения права и власти // История, теория, практика российского права: сб.науч. работ: Вып. 8. Курск, 2011. С. 17.

¹⁵ См., например: История средних веков. М., 1952. Т. 1. С. 292; Додю Г. История монархических учреждений в Латино-Иерусалимском королевстве (1099–1291 гг.). СПб., 1897. С. 357; Берман Г. Дж. Указ. соч. М., 1998. С. 27, 52–53; Захаров Н.Л. Социальные регуляторы деятельности российского государственного служащего. М., 2002., С. 24.

¹⁶ Пригожин А.Н. Современная социология организаций. М., 1995. С. 60–78.

явлена была». В дальнейшем, с внедрением в XIX в. министерской системы и введением принципа единонаачалия в управлении оставалась возможность высказывать свои предложения посредством письменных предложений со стороны чиновника на имя вышестоящего начальника.

С другой стороны, иерархичность защищает систему от сбоев, отвечает за ее самосохранение. Как отмечает Н.Л. Захаров: «...форма самоорганизации равнозначна функции иммунитета в организме. Система, как правило, гибнет после того, как изменяется ее форма самоорганизации. Однако реальный опыт показывает – даже после раз渲ала системы на отдельные подсистемы и элементы форма самоорганизации сохраняется внутри дезинтегрированных элементов, что в конечном итоге может привести и к возрождению системы в целом»¹⁷.

Традиция иерархичности позволяет России мобилизоваться в сложных, критических ситуациях. Единый центр способен сконцентрировать все необходимые ресурсы для прорыва в любой сфере общественной жизни в условиях, как войны, так и мира. Даже такие западно-ориентированные монархи, как Петр I и Екатерина II, не только не отказались от этой традиции, хотя идеи плюрализма брали на вооружение, но усилили ее многократно и довели до абсолютизма. Именно поэтому попытки внедрения идей плюрализма в современной России проваливаются с треском, а идея построения сильной вертикали власти и суверенной демократии находит всеобщее одобрение.

Подведем итоги. Рассмотренные выше характерные черты правовой традиции России в своей основе создают каркас государственно-правовой системы России, выполняют стабилизирующую функцию в её развитии, способствуют сохранению исторического опыта, закреплению того полезного, что выработано людьми в ходе развития российского государства. Современное реформирование должно опираться на эти столпы российской правовой традиции, т.к. именно они могут выступить в качестве гаранта устойчивости нашей государственно-правовой системы, сохранят нашу самобытность и ориентированность на морально-нравственные составляющие в правовой сфере.

¹⁷ Захаров Н.Л. Социальные регуляторы деятельности российского государственного служащего. М., 2002., С. 24 .

*К.Е. Сигалов**

САКРАЛИЗАЦИЯ ВЛАСТИ КАК ИММАНЕНТНАЯ ЧЕРТА РОССИЙСКОЙ ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Любая власть нуждается в том, чтобы ее основания были признаны. Уже в догосударственные периоды существования социальных общностей власть вождей опиралась не только на силу вождей, но и на иные способы ее закрепления. Необходим был не просто авторитет, который завоевывался умом, знаниями, навыками, умением организовать охоту или войну, предвидеть события, передавать информацию соплеменникам. Этот авторитет должен был быть признан всеми, а потому облекался не только в рациональные, но и иррациональные формы, опирался не только чисто материальные, но и на духовные, идеальные аспекты человеческого существования.

Сакральный характер власти, с одной стороны, придавал власти вождей дополнительную силу, с другой стороны, на определенном этапе рационализировал отношения «власть–подчинение», снимая необходимость постоянного доказывания вождями своего могущества и компетентности. Вожди в представлениях своих соплеменников должны были обладать сверхъестественной силой, чрезвычайным разумом, особым везением и удачей и ещё многими качествами, которые не были присущи обычным людям. Причиной этого была особая предрасположенность богов или других сверхъестественных существ к вождю, обусловленная как его собственными качествами, так и непосредственным происхождением вождей от богов.

Эти мифологемы поддерживались традициями, примитивными верованиями, развивались и распространялись кастой жрецов, которые входили в племенную элиту. Порой сами вожди совмещали свои функции со жреческими обязанностями и устанавливали теократическую власть в племени. При всем многообразии

* Сигалов К.Е. – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права Московского университета МВД России.

форм становления власти и средств ее легитимации, власть с самого начала нуждалась в выведении ее из сферы профанного, придании ей сверхъестественных характеристик. Сакрализация власти – это подчинение воле одного человека, основанное на вере, что правитель является законным носителем своих полномочий и прав в силу того, что представляет некие высшие трансцендентальные силы, дающие ему эти права.

Сакральная власть имеет, как минимум, два базовых элемента. Первым элементом сакральной власти можно считать тайное, сокровенное знание, доступное не всем, вызывающее благоговейный страх. Второй элемент – это определенная «харакизма» конкретного человека.

Основным методом узаконения власти в потестарной организации становится ее сакрализация – «окружение» образа вождя полумагическим ореолом. Вождь становится посредником между богами и людьми, он может то, что не в состоянии делать другие люди. Именно вождь общается с потусторонним миром, может усмирять злых духов и призывать на помощь духов добрых, именно от него зависят все процессы в жизни общества урожай – тучность стад, плодовитость женщин, долголетие людей, справедливость, благополучие и удача на войне.

Сакрализация власти, возникающая на этом этапе развития человеческой цивилизации, становится краеугольным камнем в фундаменте построения различных религиозных доктрин о власти верховного правителя как божданности. Для сакрализации общество, в котором действует этот вождь, должно принять некую ментальную «фикцию», признать, что существуют некие «разные миры», в которых обитают люди, наделенные различными свойствами. Для сакрализации происходит выделение и противопоставление двух взаимодействующих, но несоприкасающихся уровней ментальности. Один из них – «сакральный», находящийся под покровительством божеств, наделенный силами, которые эти божества передали или даровали «избранным» носителям их воли. Другой – обыденный, «профанный», характерный для обычных людей. Это различие, которое постоянно подчеркивается всевозможными способами и является основанием сакрализации правителя как человека, наделенного особыми качествами, имеющего особые отношения с божествами.

Происхождение от богов, непосредственное вручение богами каких-либо прерогатив тем или иным правителям было заменено следующим образом. Так, согласно Библии, власть израильских царей была ограничена наличием целого пакета юридических документов о ее пределах. В основании этого пакета лежал Договор, который вновь избранный царь, согласно традиции, при вступлении на престол заключал с народом и по которому он обязывался исполнять все законы, определяющие пределы его власти¹.

Но самым главным ограничением царской власти в Израиле и самым могучим препятствием на пути деспотизма в Израиле был принцип теократии. Согласно этому принципу истинным и единственным Царем всех израильтян был Яхве, а потому цари, как и все другие институты власти в Израиле, были, по сути дела, лишь органами, слугами Яхве, его наместниками на земле обетованной. Очень скоро в основных мировых религиях эта идея преобразовалась в идею наместничества, что, на самом деле было возвратом к архаичным формам сакрализации государственной власти. В этом смысле папоцезаризм и цезарепапизм, если отбросить некоторые тонкости, обусловленные каноническими различиями, воспроизвели новый виток сакрализации власти, причем восточная, православная модель первоначально была менее склонна к этому.

Политические и религиозные события в Западной Европе рационализировали отношение к власти, сделали его более прагматичным, меритократичным, поставили отношение к правителью в зависимость от его реальных, а не мистических способностей.

Другое положение дел у нас в стране. Жесточайшие формы монархической деспотической власти, обусловленные всем ходом исторического развития и спецификой форм собственности, имели вполне внятное и логическое объяснение. Российские правительи буквально сразу после стояния при Угре сумели совместить монгольский и византийский деспотизм, который изначально требовал ореола святости над их гречными головами. Николай II наивно считал себя «хозяином земли Русской»². Правители с упорством, достойным лучшего применения, не желали делиться властью ни с кем. Для оправдания подобной архитектоники власти необходимы

¹ I Цар. 10, 25; II Цар. 5, 3; IV Цар. 11, 17.

² Во всяком случае, именно так он определил свою профессию при первой Общероссийской переписи населения.

были особые идеологические подпорки, ибо рационально выстроить таковые в малограмотной стране было невозможно, требовалось нечто иное. Сакрализация власти как таковой постепенно перешла и на сакрализацию ее конкретных носителей, т.е. произошел очередной возврат к самым архаичным формам обожествления правителя.

Однако любой из императоров позавидовал бы той полноте власти, которую имели большевики, нелегитимно захватившие власть. Иррационализм в политике можно было объяснить только тем, что именно носителю власти видны тайные рычаги управления, доступно то, что другие постичь не могут, народу до некоторого времени просто не дано уразуметь замысел Творца. Поскольку для абсолютного большинства населения даже повышение уровня образования сопровождалось глубокой правовой и политической дремучестью, подобный тренд долгое время сходил с рук и стал нормой жизни. Правовая и политическая грамотность и сегодня является поверхностной, а многие идеи – искусственно навязанными и не имеющими рационального объяснения.

Приходится констатировать, что взаимоотношения общества и власти в России исторически имеют сакральный характер: независимо от типа государственного устройства народ перманентно приписывает власти черты святости – так проще жить: с одной стороны, можно меньше думать, меньше делать, меньше брать на себя ответственность, с другой стороны, при случае обвинять во всех смертных грехах. Сначала (1996 г.) мы голосуем сердцем, а затем находим виновника событий «лихих» 90-х г.

Сакрализации власти способствует и услужливость некоторых политических деятелей и видных представителей прессы. Один утверждает, что тот или иной руководитель дан России Богом, другой путает государственную службу со службой государевой. Третий утверждает, что не надо было разоблачать Сердюкова в СМИ, ибо это снижает авторитет власти. Прохладная реакция руководителей страны на подобные высказывания внушает сдержанный оптимизм, позволяет полагать, что на самом деле не все так плохо.

Сакрализация власти – это архаика, древний и, в наше время, крайне примитивный способ легитимации власти и объяснения (даже не оправдания) ее деятельности. На самом деле современному государству и современной власти в России жизненно необходимо зрелое гражданское общество, нужен умный избиратель, ко-

торый признает авторитет власти за ее реальные дела, который уже не отделяет себя от власти, и поэтому не считает власть сакральной, божественной силой, а себя профанной, непосвященной массой. Только в этом случае народ в делах этой власти будет участвовать, разделяя с ней ответственность за судьбы страны.

*Г.П.Шайрян**

РОССИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ НАСЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТОЛА

Обращение к теме вызвано тем, что при освещении вопросов о форме государственного устройства и форме правления в современной России стало уделяться внимание тем правовым традициям, которые лежали в основе многовековых представлений русского народа о престолонаследии как основе стабильного государственного развития. По мнению ряда ученых, приобретенный в этом отношении российский правовой опыт возможно применить и сегодня, поскольку народное правосознание невольно сохраняет выработанное за девять веков представление о России как о государстве со строго централизованной, иерархически выстроенной и единодержавной системой власти. В связи с этим возникает несколько взаимосвязанных вопросов, требующих внимательного исследования. Во-первых, – это, пусть даже минимальное, осмысление понятия правовой традиции в преломлении к российскому престолонаследию, поскольку единого определения правовой традиции в целом пока не выработано. Во-вторых, – это выявление ее основного содержания и составляющих ее нормативных элементов. То есть всего того, что составляет императивность заложенной в ней правовой идеи и формирует народное правосознание. В-третьих, – каково ее влияние на развитие государственной жизни. Обратимся сначала к определению правовой традиции российского престолонаследия и, указав на ее основное содержание, вкратце проследим этапы ее развития, одновременно уточняя степень ее влияния на развитие государственной жизни.

* Шайрян Г.П. – адвокат Межрегиональной коллегии адвокатов г. Москвы.

Российская правовая традиция наследования престола – это сформированная и законодательно установленная в течение девяти веков русской истории совокупность правового опыта и правовых знаний о порядке наследования престола, получившая отражение в единообразных устных и письменных правилах поведения для круга лиц, обладавших правом на престолонаследие. Выраженная в правовых нормах, которые регулировали не только порядок, но и условия наследования и формирования российского престола, эта традиция оказала существенное влияние на становление строго иерархической системы русской государственной власти, обеспечивая легитимность правящей династии и верховой самодержавной власти царствующего монарха в глазах его подданных. В своем развитии эта традиция прошла несколько этапов, связанных с выработкой норм, составлявших ее основное содержание и устанавливающих порядок наследования княжеского стола, а затем царского престола по праву первородства по нисходящей мужской линии, от отца к сыну. Все иные нормативные элементы, также связанные с регулированием правоотношений, возникавших вокруг престолонаследия, такие как условие о вере, порядок восприятия престола и присяги воцарившемуся монарху, его коронование и возможность отказа от права на престол дополняли ее основное содержание, усиливая императивность заложенной в ней правовой идеи о принятом в России порядке престолонаследия.

Отсчет времени, с которого возможно утверждать о том, что эта традиция приобрела свое формальное выражение в нормативных актах, имеющих высшую юридическую силу, относится к периоду Московского Царства, к тому моменту, когда в 1547 году Иван IV добавил к великокняжескому титулу титул царский, венчался на царство и окончательно установил единонаследие царского престола, прекратив, тем самым, дробление русских земель. Однако фактически и до этого времени Россия имела достаточно сильную собственную правовую традицию наследования княжеского стола, основой которой изначально был родовой обычай передачи его по праву агнатского первородства, от отца к старшему сыну¹, восходящий к началу XI века, когда Князь Владимир полу-

¹ Иоанн, еп. Шанхайский. Происхождение закона о престолонаследии в России. Шанхай, 1936 г. (репринт. Подольск, 1994 г.) С.69–70.

жил начало обычаю преемства княжеского стола путем «перехода волости по началу отчины»².

Вместе с переходом наследования княжеского стола по степеням родства появилось представление о возможности его наследования в порядке линий, то есть потомками лица, являющегося родонаучальником для данной линии, когда, как считал Князь Ярослав, дети, а не братья должны наследовать его стол³. Все это вовсе не означало, что порядок наследования княжеского стола по праву первородства по нисходящей мужской линии сразу же стал господствующим.

В то время это был исключительный исторический прецедент, который лишь смутно обозначил свое правовое будущее и какого-либо генеалогического принципа в преемстве княжеского стола на практике еще не существовало⁴. Были отмечены лишь попытки удержать его в близкородственных руках, но и в этом отношении предпочтение отдавалось договорам, «на основании которых старшинство присваивалось иногда тому, кто на самом деле вовсе не был страшим в роде», наряду с которыми были распространены такие способы восприятия княжеской власти, как народное избрание и добывание стола силой оружия⁵. Так что на первом этапе формирования правой традиции престолонаследия были сделаны лишь первые шаги. В XII–XIII века, когда «уделы составляли полную собственность известной княжеской семьи, после смерти отца владения его переходили не к брату, а к детям и делились между ними»⁶, а власть князя, движимое и недвижимое имущество, включая землю, неделимо входило в общую наследственную массу⁷, положение меняется и можно утверждать, что идея о праве мужчин на родовое наследование имущества и стола утвердилась. Однако это не означало, что утвердилось наследственное право князей на занимаемые ими столы⁸.

² Об этом: Сергеевич В.И. Древности русского права. М., 2007. Т. 2, С. 158–159.

³ Сергеевич В.И. Древности русского права. М., 2007. Т. 2. С. 158–159.

⁴ Зызыкин М.В. Указ. соч. С. 40.

⁵ Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань, 1908. С. 382.

⁶ Нечволовов А.Д. Сказание о русской земле. Кн. 1, Ч. 1, 2. М., 2003, С. 702.

⁷ Мельников С.А. Правовой режим наследования престола в Древней Руси IX – начала XVI вв.: историко-правовое исследование. Автореф. дисс. д.ю.н. М., 2009. С. 62.

⁸ Корф С.А. История русской государственности. Т. 1. Спб., 1908. С. 153

Междоусобные конфликты, в том числе вооруженные, возникавшие как в силу нарушения обычного права на престолонаследие, так и, наоборот, с целью его отстаивания, не способствовали укреплению законных правоотношений в престолонаследии, хотя последующему их частичному утверждению способствовали «благоприятные обстоятельства: в течение 126 лет – от смерти Александра Невского (1263) до смерти Дмитрия Донского (1389) – великокняжеский московский стол бессспорно и спокойно переходит от отца к сыну или брату умершего князя»⁹. Однако право на передачу княжеского стола, как и определение размера и состава наследства, по-прежнему, полностью оставалось в руках наследодателя. В целом итогом первого этапа стало осознание единоличного права наследодателя, фактически ставшего главой самостоятельного владельческого дома, как на передачу княжеского стола, так и на определение размера и состава наследственной массы.

С началом XIV века начинается второй этап в развитии российской правовой традиции наследования престола, который длится до начала XVII в., до окончания Смутного времени, во время которого указанная традиция не поддерживалась.

На этом этапе идея преемства по нисходящей мужской линии «укоренилась в сознании народа, обратилась в обычай»¹⁰, но утверждать, что она окончательно стала сложившимся правилом нормативного поведения, было еще преждевременно. На этом этапе начала вырабатываться «система единонаследия в нисходящей линии... Начиная с Ивана Калиты (1328–1340) князья, распределяя волости между своими детьми, систематически усиливают власть старшего брата. Емудается большой удел, младшим приказывается «его слушать»¹¹, – замечал А.Д. Градовский. Аналогичное суждение высказывал А.В. Романович-Славатинский. Он, писал, что «Эта доля стала постепенно увеличиваться, пока не установилось единодержавие – нераздельность престола, переходящего по праву первородства»¹², очевидно, имея в виду скорее тенденцию, которая смогла быть реализована лишь много позднее, чем уже сложившийся результат. Начиная с Дмитрия Донского князя, по его

⁹ Романович-Славатинский А.В. Указ. соч. С. 86

¹⁰ Ивановский В.В. Указ. соч. С. 382.

¹¹ Градовский А.Д. Указ. соч. С. 173.

¹² Романович-Славатинский А.В. Указ. соч. С. 87.

примеру, стали «прибавлять старшему сыну лишнюю долю на старший путь. Эта доля стала постепенно увеличиваться, пока не установилось единодержавие – нераздельность престола, переходящего по праву первородства»¹³. Позднее Иван III дал обычай поставления на великокняжеский стол по праву первородства по нисходящей линии государственную поддержку, когда объявил своего внука наследником вместо умершего сына¹⁴. Впрочем, утверждать, что в XV в. этот обычай становится определяющим, можно лишь с оговоркой: «...этот принцип только чувствовался как норма, могущая внести известный порядок...»¹⁵ в преемство княжеской власти, когда старшему брату в одном поколении родства наследовал, как правило, средний брат, ему наследовал младший брат и т.д., и «только по пресечении всего поколения братьев наследство переходило к старшему сыну первого из них»¹⁶.

Для безоговорочного подтверждения права на занятие великокняжеского стола, а затем и царского престола старшему сыну считалось необходимым получить благословение отца и заручиться поддержкой собора¹⁷, что вовсе не свидетельствовало о том, что идея линейного первородства была юридически закреплена¹⁸, хотя

¹³ Романович-Славатинский А.В. Указ. соч. С. 86.

¹⁴ Последующее отстранение его от наследия Престола Иван III объяснил уголовным характером дела, чтобы не ломать обычай. См.: Андреевский И. Русское государственное право, М., 1866. С. 141.

¹⁵ Зызыкин М.В. Указ соч., с. 121.

¹⁶ Алексеев Е.В. Закон и корона Российской Империи. М., 2012. С. 30.

¹⁷ Куплевасский Н.О. Русское государственное право. Т. 1. Харьков, 1902. С. 127. Впрочем, были случаи, что Великим Князем делался не старший член рода, но это всегда рассматривалось как исключение из правила. Об этом см.: Иоанн, еп.Шанхайский. Происхождение закона о престолонаследии в России. Шанхай, по изданию Русского Просветительного Комитета в г. Шанхае, 1936 г. (репринт. Подольск, 1994 г.) См. также: С. Соловьев. История отношений между русскими князьями Рюрикова дома, 1847 г.; В.И. Сергеевич. Вече и князь. Русское государственное устройство и управление во времена Рюриковичей. М., 1867. Первый из этих авторов придерживался теории «лестничного восхождения» на Киевский стол, которая теоретически существовала «в понятии самих князей». Второй автор утверждал о фактической стороне дела, когда стол «добывался» вооруженной силой. См. подробнее Романович-Славатинский А.В. Указ соч., С. 85.

¹⁸ Панов Ф.Н. Русское государственное право. СПб., 1889. С. 18. Тем более не была развита эта идея и раньше, в XII–XIII вв.: «Наследственное право князей на занимаемые ими столы так и не могло укрепиться в данной эпохе». Корф С.А. Указ соч., С. 153.

в целом, судя по свидетельствам памятников русской общественно-политической мысли, в XV–XVI века, «принцип непрерывности, преемственности и первородства (при передачи властных полномочий от отца к сыну) выступает на первый план»¹⁹.

Прерванный Смутным временем, сопровождавшимся сменой династий, к концу XVI–XVII вв. порядок преемства Престола по нисходящей мужской линии был восстановлен сначала занявшим престол в 1598 г. Царем Борисом Годуновым, а затем царем Михаилом Федоровичем, положившим начало более чем трехсотлетнему царствованию династии Романовых. Это был третий этап в становлении правовой традиции российского престолонаследия, продлившийся до конца XVIII века, который был временами отмечен заметной государственной неустойчивостью, когда устоявшиеся в народном правосознании представления о порядке наследования престола входили в противоречие с действующими законодательными актами. Особенно это было ощутимо в период с 1722 г., когда Петр I опубликовал Устав о престолонаследии, действовавший до 1797 г., и предусматривавший завещательный порядок престолонаследия, связанный лишь волей царствующего монарха, но не правом первородства. Отсутствие сверенного с традицией правового механизма престолонаследия, которое было бы поставлено на твердую законодательную и историческую основу, было заменено идеей наследственного закона, где главную роль играла человеческая воля царствующего монарха. Такая правовая новация больно ударила по стабильности государственной жизни империи, пережившей почти сорок лет, при которых «смена на престоле не обходилась без замешательства, кроме разве одной: каждому воцарению предшествовала придворная смута, негласная интрига или открытый государственный удар»²⁰. Иными словами, с начала 20-х гг. XVIII в. и до его окончания можно утверждать, что, как и в Смутное время, правовая традиция наследования престола в ее основном содержании законодательно не поддерживалась и ее развитие было прервано.

Акт о престолонаследии 1797 года существенным образом изменил положение, превратив издревле существовавший в Рос-

¹⁹ Каравашик А.В. Идея преемственности власти в России XVI – первой трети XVII вв. // Российская монархия. Вопросы истории и теории. Воронеж, 1998. С. 25.

²⁰ Ключевский В.О. Курс русской истории. Ч. IV. Лекция LXX. С. 238.

ции порядок наследования престола в государственный закон. Так начался четвертый и последний этап в формировании традиции российского, теперь уже законодательно установленного династического престолонаследия по праву первородства по нисходящей мужской линии. Нашлось в нем место и женщинам, что также не противоречило народному правосознанию, не связывавшему самодержавную власть исключительно с ее принадлежностью мужчинам. На первый план в этом отношении выходил критерий близкородственной принадлежности женщины к правящему князю, а позже к монарху, о чем свидетельствует не только история княжеского периода и Московского Царства, когда его занимали правительницы-женщины (Княгиня Ольга, Елена Глинская, Софья Алексеевна), но и Российской империи (Императрицы Екатерина I, Анна Иоанновна, Елизавета Петровна, Екатерина II, правительница Анна Леопольдовна). Таким образом, российское династическое престолонаследие, предполагавшее участие лиц обоего пола, где установленный Актом 1797 г. агнэтский порядок замещения Престола в случае пресечения мужских линий переходил в субсидиарный когнатский, не был чужд русскому обычаю наследования княжеского стола, а затем, и царского престола.

В отличие от восприятия престола по государственному обибранию, по завещанию, по избранию или в результате государственного переворота преемство престола по закону, где предпочтительное агнэтское престолонаследие составляло его основу, предполагало неизменность правовой конструкции, обеспечивающей законодательно установленный порядок его наследования. Прекращение борьбы за право на престол и достижение стабильности государственного развития Российской империи после опубликования Акта 1797 г. было связано именно с запретом на изменение норм, регулировавших порядок престолонаследия. Внесение поправок в Учреждение о Императорской Фамилии, право на которое закон оставил за царствующим монархом, не меняло смысла идеи достижения политической стабильности за счет постоянства законодательных норм, установленных законодательным актом 1797 г. для порядка престолонаследия, которые были перенесены в Основные государственные законы.

Совокупность норм, регулировавших принятый в Российской империи порядок наследования престола, можно рассмотреть как

правовую традицию, восходящую ко времени передачи княжеских столов, а затем, занятия царского престола по праву первородства по нисходящей мужской линии, не исключая возможности восприятия верховной власти женщинами. Формирование этой традиции, начатое в XI веке, когда впервые возникла мысль о том, что княжеский стол должны наследовать дети, а не братья, прошло длительный путь ее законодательного совершенствования длиной в девять веков. Способствовавшая становлению единонаследия и укреплению единодержавия в период Московского царства, правовая традиция наследования престола по преимущественному праву агнатского первородства, прерванная в Смутное время, в начале имперского периода российской истории, сумела сохранить свое правовое содержание и обрести в конце XVIII в. твердые нормативные основы государственного закона, правом на изменение которого не обладал даже царствующий самодержец. Временные отступления от ее основного содержания, связанные со сменой царствующих династий, с попыткой законодательного внедрения завещательного порядка при наследовании престола, с занятием его вследствие государственных переворотов или в результате избрания императора на царство заинтересованной группой лиц лишь частично затормозили ее развитие, но изжить не сумели. С принятием Акта 1797 г., ставившим закон о престолонаследии выше воли монарха, а затем перенесением его норм в ОГЗ, эта традиция достигла своего апогея, обеспечивая государственную правовую защиту наследственному царскому самодержавию вплоть до его падения в 1917 г.

*Ц.Ц. Михеева**

ОРГАНИЗАЦИЯ МЕСТНОГО УПРАВЛЕНИЯ В РОССИИ В ПЕРВОЙ ЧЕТВЕРТИ XVIII В.

Начало XVIII в. ознаменовано попытками Петра I реформировать систему органов местного управления. Одним из нововведений стало учреждение 30 января 1699 г. Бурмистерской палаты в

* **Михеева Ц.Ц.** – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права РУДН.

Москве и земских изб в городах¹. Посадское население изымалось из юрисдикции воевод и переходило в подчинение Бурмистерской палате и земским избам. Указы содержали предписание «во всех городах посадским и всяких чинов купецким людям и его великого государя волостей и сел и деревень ведаться в земских избах»². Бурмистерской палате подчинялись все выборные органы местного управления (губы). В ее состав входили бурмистры (избираемые ежегодно от купцов, слобод и сотни «добрые и правдивые люди»), во главе губ стояли президенты, которые сменялись ежемесечно.

Земские избы собирали доходы и заведовали повинностями, лежавшими на купеческих и промышленных людях. Создаваемые земские избы считались органами городского самоуправления лишь по месту их нахождения, тогда как по своему составу и компетенции они были ни чем иным, как сословно-государственными учреждениями, формировавшимися выборным путем, т.к. создавались исключительно с фискальной целью – устраниить недоимки при сборе налогов.

Одновременно с новыми органами местного управления продолжали действовать воеводы (как представители государя на мес-тах), юрисдикция которых распространялась на тяглую часть общества. Причем один из указов позволял местным тяглым обществам удвоенным размером податного оклада откупаться от воевод. Тем не менее, данное начинание не нашло соответствующего отклика со стороны налогоплательщиков из-за того, что города были не в состоянии выплачивать возросшие вдвое налоги, поэтому лишь в одиннадцати из семидесяти городов население «откупилось» от воевод. Более того, некоторые города обращались в Москву с просьбой ничего у них не менять, а воевод оставить прежних. Поэтому центральное правительство было вынуждено провести реформу повсеместно, и уже в октябре 1699 г. двойной оклад был отменен, а выборы бурмистра стали обязательными.

Необходимость проведения губернской реформы объяснялась несколькими причинами. Во-первых, реформа преследовала фискальные цели. До реформы все собранные налоги воеводы привозили в столицу, где большая часть средств оседала в руках

¹ ПСЗ – I. Т. 3. № 1674, 1675

² Там же.

чиновников московских приказов, а меньшая распределялась между органами местного управления. Естественно, вырабатывалась мысль создать более эффективную систему сборов налогов путем расширения компетенции местных правителей. Во-вторых, реформа была нужна для укрепления власти государства и образования стройной системы учреждений, т.к. громоздкий административный механизм не справлялся с задачами военного времени (в России насчитывалось более 300 областей-уездов, неодинаковых по размерам и экономическим возможностям). В-третьих, реформой надеялись оживить инициативу снизу и побудить сословия к активным действиям в интересах государства, предоставив возможность участия в самоуправлении.

Перечисленные причины привели администрацию Петра I к созданию нетрадиционных для России органов управления с сильной сословной корпоративностью.

В 1708–1718 гг. осуществляется первая губернская реформа. Работа над реформой проводилась Ближней канцелярией совместно с впервые назначенными губернаторами до 1712 г. С 1712 г. в той или иной степени удалось отладить и запустить новый административный механизм.

Указом Петра I «Об учреждении губерний и росписании к ним городов»³ было произведено разделение всей территории России на 8 губерний. В составе губерний находился губернский город-центр, уезды тоже имели свои города-центры. В Указе говорится лишь о введении нового областного управления и не содержится не только подробностей, но и самых существенных положений, губернаторам велено лишь «присматриваться», управление по-прежнему остается в руках воевод. Царскими указами предусматривалось, что власть будет передаваться губернаторам на местах постепенно, и лишь с начала 1710 г. планировалось выполнение ими своих обязанностей в полном объеме⁴.

Момент учреждения губерний явился важным рубежом в развитии формы государственного единства в целом. Мероприятия предшествующего периода ломали существовавшие структуры на

³ См.: ПСЗ – I. Т. 4. № 2218.

⁴ См.: Каменский А.Б. От Петра I до Павла I: Реформы в России XVIII века. Опыт целостного анализа. М.: Издательство РГГУ, 1999. С. 145.

местах, систему взаимоотношений центральных и местных органов. Формы, использованные для этого, оказались переходными, нуждающимися в существенном изменении. На первый взгляд, власть перераспределялась между центром и провинцией. Царь делегировал часть своих полномочий, создавая органы управления с возросшей ответственностью за порученную им деятельность, но центральная власть от этого не только не ослабевала, но, наоборот, укреплялась, так же как это происходило и позже в ходе развития губернской системы⁵. Возникшая жесткая централизация власти наблюдалась как в отношениях между центром и регионами, так и в отношениях между различными органами власти внутри губернии. Абсолютная власть царя предполагала почти такую же огромную власть губернаторов в отношении местного населения⁶.

Создание губернской системы прежде всего имело целью обеспечить значительно возросшие при новом царствовании нужды армии. Губернии выделялись на основании экономического потенциала территорий, поскольку каждая из них обязана была нести не только налоговое бремя (довольно тяжелое), но и расходы по содержанию расквартированных в ней полков. Губернаторов – глав новых территориальных единиц – Петр I обычно назначал из числа своих адмиралов или генералов. Они должны были осуществлять одновременно фискальные, экономические, хозяйственные и судебные функции. При губернаторе состояли вице-губернатор; ландрихтер, осуществляющий судебные полномочия; обер-провиантмейстер, ведавший сбором хлебных доходов и различные комиссары по отраслям управления. Основным административным, фискальным и судебным органом в губернии выступала канцелярия.

Вице-губернаторы играли двоякую роль – и как непосредственные помощники губернаторов (разделяли ответственность; по указанию губернаторов они возглавляли ту или иную часть общего губернского управления: иногда им давались совершенно самостоятельные поручения; в отсутствии губернатора они подписывали доношения в Сенат) и как провинциальные правители (как правители части губернии).

⁵ См.: Каменский А.Б. От Петра I до Павла I: Реформы в России XVIII века. Опыт целостного анализа. М.: Издательство РГГУ, 1999. С. 144.

⁶ Лысенко Л.М. Губернаторы и генерал-губернаторы Российской империи (XVIII – начало XX века). М., 2001. С. 63.

Учрежденный в 1711 г. Правительствующий Сенат⁷ среди прочих функций контролировал поступление финансов из губерний, занимался развитием местной торговли и промышленности, ведал судами. Поэтому губернаторы были подчинены Сенату, и для каждой губернии в самом Сенате учреждались так называемые «попытъя» с «подъячими». В канцелярии Правительствующего Сената должны были находиться неотлучно от каждой губернии по два комиссара, назначавшиеся обыкновенно губернатором или Сенатом. Они были органами, игравшими значительную роль в финансовом управлении и облегчавшими Сенату надзор за деятельностью губернаторов⁸. Связь комиссаров со своими территориями осуществлялась через почту или нарочных⁹.

Указом Петра I «Об учреждении при губернаторах и вице-губернаторах ландратского совета»¹⁰ от 24 апреля 1713 г. предпринята попытка ограничить власть губернатора дворянским советом (ландратами). Губернатор был обязан решать все важнейшие вопросы совместно с этим органом дворянского представительства. Первоначально ландраты назначались Сенатом из удвоенного числа кандидатов, предложенных губернаторами, но Указом от 28 января 1715 г.¹¹ предписано «ландратов выбирать в каждом городе или провинции всеми дворянами за их руками».

Ландраты вместе с вице-губернаторами и обер-комендантом составляли коллегию, в которой председательствовал губернатор, имевший два голоса, но отнюдь не являвшийся начальником коллегии – «губернатор у них не яко властитель, но яко президент»¹². Юридически ландраты были выборными должностными лицами. Однако на деле губернатор являлся полновластным хозяином, потому что каждый член коллегии был отдельно подчинен губернатору, в качестве лица, заведовавшего той или иной частью губернии. Возможно, причина сложившейся ситуации кроется в том,

⁷ См.: *Воскресенский Н.А.* Законодательные акты Петра I. Л.-М., 1945. С. 197–198.

⁸ См.: *Блинов И.* Губернаторы: историко-юридический очерк. СПб., 1905. С. 61.

⁹ См.: *Слепцов Н.С.* Институт губернатора в России: традиции и современные реальности. М., 1997. С. 16.

¹⁰ ПСЗ – I. Т. 5. № 2673.

¹¹ ПСЗ – I. Т. 5. № 2879.

¹² ПСЗ – I. Т. 5. № 2673.

что ландрата избирались дворянством, которое было лишено самостоятельности и находилось в полном подчинении правительственной власти и ее представителю в лице областного губернатора.

Административно-территориальное разделение территории Российского государства на губернии имело свое продолжение. В 1715 г. губернии были разделены на доли (территории, охватывавшие около 5536 тяглых дворов). По Указу 1716 г. «О ландратах-инвалидах»¹³ во главе управления ими были поставлены ландрата. Они наделялись широкими полномочиями в финансовой, полицейской и судебной сферах в пределах своей доли, вследствие чего коллегиальный принцип управления был отменен. С этого времени изменился сам статус ландрата: они из советников превратились в исполнителей губернаторских поручений и под руководством губернаторов выполняли самые разнообразные функции в сфере губернского управления. Для сбора налогов были учреждены земские камериры (заведовавшие казенными сборами), комиссары, рентмейстеры (управляющие провинциальным казначейством).

Круг деятельности ландрихтеров по Перечню органов по губернскому управлению, составленному Петром I 26 ноября 1718 г¹⁴., состоял из межевых, розыскных и судебных дел. Они назначались губернаторами или по собственному усмотрению Сената; находились в полном подчинении губернатора, но подлежали юрисдикции Сената, что ставило их в исключительное положение.

Перестройка центрального управления (Сенат, коллегии и т.д.) повлекла за собой новую реформу местного управления. Официально новая система была введена Указом Петра I от 26 ноября 1718 г.¹⁵. В Указе отмечалось, что распространение новой структуры местных органов власти по российским территориям должно было завершиться в 1720 г. Исключением являлась Санкт-Петербургская губерния, где «для примера лучшего» данные нововведения необходимо было «зачать с июля 1719 г.»¹⁶. В столичной губернии были

¹³ ПСЗ – I. Т. 5. № 2673, 2879.

¹⁴ См.: *Воскресенский Н.А.* Законодательный акты Петра I. М.-Л., 1945.

¹⁵ «О составлении инструкции для органов губернского управления на основании шведских законов, о назначении лиц для занятия должностей по местной администрации и о начале для примера управления по новому со следующего года в петербургской губернии». См.: там же. С. 63.

¹⁶ См.: там же.

образованы 14 провинций, каждая из которых подразделялась на 5 дистриктов. Дистрикты являли собой земское управление, во главе которого стоял земский комиссар.

Весной 1719 г. Петр I решил распространить опыт разделения территории на провинции по всем российским губерниям. «В тех провинциях, – говорилось в Указе от 29 мая 1719 г.¹⁷, – велено быть: в порубежных в знатных генерал-губернаторам, вице-губернаторам, обер-комендантам и комендантам, а в прочих, кроме Московской, внутренних во всех провинциях воеводам (ландсгевдингам)». Губернское деление сохранилось (в 1719 г. их число было увеличено до 11¹⁸), однако стало формальным, т.к. оно продолжало сохраняться только в делопроизводстве и в качестве военных и судебных округов.

С введением данной системы территориального управления все земли Российского государства подразделялись на провинции, которые, в свою очередь, делились на дистрикты. При разделении учитывалось следующее – эффективная система сборов налогов, количество тяглых дворов, протяженность губернии, положение губернии – была ли она в центре или на границе государства.

Главами провинций становятся воеводы, не подотчетные губернатору по основному повседневному кругу своих обязанностей и не составляющие низшей инстанции по отношению к губернии; в их руках сосредоточились все функции управления; на них возлагались функции в сфере финансовой, полицейской и народно-хозяйственной деятельности. По этим вопросам воеводы координировали свою деятельность непосредственно с тем или иным центральным органом или учреждением, минуя губернаторов. В пользу вывода об относительной автономии воеводской системы власти на вверенных им территориях говорит и то обстоятельство, что начиная с 1722 г. воевода являлся председателем провинциального суда, причем в своих судебных решениях он подчинялся не губернатору как президенту высшего надворного суда, а самому надворному суду – коллегиальному учреждению под председательством губернатора¹⁹.

¹⁷ ПСЗ – И. Т. 5. № 3380.

¹⁸ См.: Князьков С. Очерки из истории Петра Великого и его времени. Б.м., 1990. С. 215.

¹⁹ Там же. С. 215–216.

Провинциальные воеводы с 1719 по 1727 г. подчиняются губернатору лишь в определенных сферах деятельности, например по вопросам, связанным с обеспечением расквартированных на данной территории войск, а также по делам с рекрутским набором, о высылке на губернский смотр служилых недорослей и др. В остальном же они являлись столь же самостоятельными, как губернаторы. Однако губернаторы, не желая признавать самостоятельность воевод, вмешивались во внутренние дела провинции. Случаи такого вмешательства порождались еще и тем противоречием, которое не было устранено при смене административного порядка. Например, снимая с губернатора ответственность власти над провинцией, иногда не снимали с него ответственность за полноту сборов.

Провинциальные воеводы рассматривали вмешательство в свои дела губернской власти как нарушение своих прав. Они не только не обнаруживали стремление подчиняться губернаторам, но, напротив, довольно упорно отстаивали свою независимость от них²⁰.

При воеводе в качестве начальника провинциальной канцелярии стоял ланд-секретарь. Под его руководством и надзором (по существу в качестве его заместителя) действовал земский камерир (земский надзиратель сборов, ведавший казенными доходами, наблюдением за государственным имуществом). Он возглавлял земскую контору в составе рентмейстера (управляющий провинциальным казначейством), провиантмейстера (управляющий сборами, поступающими в натуральном виде).

Низшей единицей областного деления был дистрикт, во главе которого стоял земский комиссар, к полномочиям которого были отнесены разнообразные финансовые, полицейские, хозяйственные функции, основной его должностной прерогативой был сбор налогов. Он назначался камер-коллегией или провинциальной администрацией с утверждением камер-коллегией. Земские комиссары не имели определенного срока полномочий.

Одним из важнейших результатов петровской губернской реформы можно считать образование единого пространства со стройной системой учреждений. В результате проведенной реформы системы управления первой половины XVIII в. установилось

²⁰ См.: Боголюбский М. Областная реформа Петра Великого. М., Университетская типография, 1902. С. 48.

господство бюрократического централизма с мощным аппаратом в центре и на местах. По сути, именно в петровское время была выбрана концепция организации местного управления в Российской империи, определившая траекторию, по которой и в дальнейшем развивались отношения между местной и центральной властями. Однако, как и любое начинание, петровская реформа не могла быть продуманной до конца. Так, центральным вопросом этой реформы был вопрос финансового обеспечения. Постоянный финансовый дефицит заставлял создавать новые политические институты раньше, чем общество созревало для их восприятия (нередко возникали такие ситуации, когда губернские и провинциальные органы по ряду вопросов дублировали друг друга), и поэтому полномочия административных органов и должностных лиц не получили четкого определения.

*Н.Н. Ефремова**

МЕСТНАЯ ЮСТИЦИЯ В ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЯХ ИМПЕРСКОЙ РОССИИ

Формирование российской имперской государственности проходило параллельно со становлением правовой системы.

Народы и политические образования, входившие в состав России, привносили собственные традиции, в том числе и юридические. Процесс империостроительства проходил в условиях включения в российское социокультурное пространство некоренных этносов, обладавших другими цивилизационными, конфессиональными, моральными, этическими и прочими ценностями и особенностями. Можно сказать что ментальность новых россиян в большей или меньшей степени отличалась иными духовными и материальными условиями быта, мировоззрением, уровнем и качеством образования и науки, что во многом детерминировало самобытность их политической организации, правосознания и потенцию к интеграции в единую социальную и публично-правовую общность.

* Ефремова Н.Н. – кандидат юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН.

В современную эпоху глобализации, характеризующуюся тенденциями социокультурной и политико-правовой унификации важно помнить и учитывать исторический опыт их конвергенции, синтеза или гармонизации, в частности в имперском прошлом. Этим обстоятельством, собственно, и обусловлен выбор темы.

Сохранение традиционных моделей юстиции у титульных и нетитульных народов Российской империи является характерной особенностью судебно-правовой ее системы. Это многообразие складывалось постепенно и не привело в конечном счете к организационно-правовому единству.

Во многом это объяснялось тем, что юридический порядок в целом отражал определенный уровень развития общественного порядка, который зависел от уровня социально-экономического и политico-идеологического развития. Учитывая особенности последнего у коренных и некоренных народов Российской империи естественно нельзя было ожидать, что без унификации неюридических факторов невозможно достижение правового единства, поскольку оно объективно детерминируется наличествующим уровнем социального прогресса.

По справедливому замечанию С.В. Кодана, «юридические культуры находятся в состоянии сложного межкультурного взаимовлияния, что собственно и является кросскультурным взаимодействием в государственно-правовой сфере». Кроме того, юридические культуры «испытывают давление и отражают влияние объективно сложившихся в социуме особенностей национальных культур...»¹

Создание и развитие имперского государственного механизма сопровождалось его поэтапной модернизацией, в ходе которой шел процесс совершенствования и судебной организации. При этом как в административной, так и в судебной системах не было единства. Унификация общеимперских органов государственного управления не распространялась на большую часть присоединенных регионов: особенно это заметно на организации местного самоуправления и суда. Ни одна из наиболее значительных судебных реформ, прово-

¹ Кодан С.В. Кросс-культурный подход в исследовании государственно – правовых явлений и институтов // Кросс-культурные взаимодействия в политико-правовой сфере: история, теория, современность. Доклады и сообщения. Екатеринбург. 2010. С. 3.

дившихся в имперский период, не затрагивала последнюю. Это относится к реформам Петра I, Екатерины II, Александра II.

В целом вектор реформ был западным, активно воспринимались или влияли косвенно европейские институты, модели, идеи и т.п. Параллельно в России оформлялся и утверждался абсолютизм, шел процесс империостроительства в евразийском пространстве. Поэтому продвижение западных политico-правовых ценностей к восточным и юго-восточным границам государства встретило известные препятствия в виде традиционных институтов, присущих национальным областям и т.п. «туземным» народам, находившимся в иных цивилизационных условиях, а посему неспособных принять новации, внедряемые в качестве судов общей юрисдикции в коренных губерниях. В результате сложилось парадоксальное сочетание общеимперских и «особенных» региональных форм организации правосудия, в частности тех, на которые возлагалась задача разрешать дела местной юрисдикции.

Так, например, менее важные дела рассматривали татарские и башкирские старшины, «особенные» суды – кадии и бии. Дела традиционно решались на основе норм шариата: недовольные решением могли их обжаловать в коронном суде. Вхождение в состав империи в начале XIX в. Северного Азербайджана, а позднее (в 1828 г.) – Эриванского и Нахичеванского ханств привело к созданию там новых административно-судебных систем, с одной стороны, и сохранению «особенной» традиционной юрисдикции местных феодалов, с другой. Как и в других населенных мусульманами местностях, судебные функции осуществляли кадии на основе норм шариата и адата. Эта же модель местной юстиции будет действовать в казахских жузах после их вхождения в империю.

Вместе с тем и коренное население Сибири также сохранило особую подсудность туземным представителям власти, легализованную имперским правительством. Специальным нормативно-правовым актом в области управления и суда для него была Инструкция от 27 июня 1728 г., который был учрежден постоянно действовавший институт родовой администрации, комплектуемый из числа так называемых «почетных родовичей» родоначальником, полномочия которого переходили по наследству.

Акты Екатерины II (Учреждения для управления губерниями 1775 г. и указ от 6 марта 1783 г.) установили «свободу разбиратель-

ства» гражданских дел «старшинами, князьями», причем «словесным образом» по собственным «степным обычаям». Традиционная юстиция иных коренных народов Сибири была урегулирована и Степным Уложением 1781 г.² В особом правовом положении находилось и царство Польское. Там также была сохранена традиционно сложившаяся модель местного самоуправления и юстиции. Судебные функции были предоставлены сельским и городским органам самоуправления, низшим звеном которых была гмина (единица административно-территориального деления). В условиях усиления русификации управления польскими губерниями, начиная с 60-х гг. XIX в., компетенция гминных судов была ограничена. С 1 июля 1876 г. на этих территориях началось проведение судебной реформы в общеимперском формате, однако гминные суды как традиционные институты были сохранены. Вместе с тем российское правительство оставило их лишь в сельских, но не городских округах. И если в 1864 г. они были общесословными, то в 1869–1872 г. была проведена попытка (на уровне законопроекта) сделать их крестьянскими сословными, наподобие волостных.

Однако «Правилами об устройстве гминных судов», утвержденными императором 19 февраля 1875 г., были установлены основные принципы их организации и деятельности: 1) они занимают в судебной системе Польши место органов мировой юстиции для сельских гмин; 2) общее число гминных судов сокращается для облегчения надзора за их деятельностью; 3) коллегиальный состав гминных судов сохраняется; 4) председательствующие в этих судах утверждаются министром юстиции³.

Гминные суды создавались на одну или несколько гмин. При определении их округов учитывалось число объединенных подсудности гмин, их общая площадь, численность населения, расстояние между центром округа и его границей. Состав гминного суда включал гминного судью, трех избираемых населением лавников и писаря, назначавшегося председателем съезда мировых судей. Наличие специального юридического образования от кан-

² См. подробнее: Авдеева О.А. Судебная система Восточной Сибири в XVII – первой половине XIX вв. (историко-правовое исследование). Иркутск, 1999.

³ См. об этом подробнее: Ефремова Н.Н. Проведение судебной реформы в Царстве Польском (к вопросу о деятельности Министерства юстиции). Методология историко-правовых исследований. М., 1980. С. 95–96.

дидатов в члены суда не требовалось⁴. Сторонам, но не их повенренным, разрешалось говорить в процессе на родном языке, тогда как все письменные акты оформлялись на русском⁵.

Сохраняя гминные суды преимущественно для крестьянского населения, российское правительство исходило из оценки этого сословия как более благонадежного в сравнении с польской шляхтой и желало усилить его роль в местном управлении.

В известной мере из других соображений была сформирована в ходе крестьянской реформы 1861 г. и оставлена без существенных изменений при проведении Судебной реформы 1864–1899 гг. волостная юстиция для российского коренного крестьянства. Русское общество в рассматриваемый период не было единым по уровню развития общей культуры в целом и юридической в частности. Крестьяне отличались бытом, нравами, правосознанием и другими социальными особенностями от дворянства, духовенства и горожан, что обуславливало их потребность в особом суде с традиционными чертами.

Волостной суд создавался на основе «Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости», утвержденного 19 февраля 1861 г., в качестве суда местной юрисдикции, прежде всего сословного и выборного. Судопроизводство было состязательным, словесным. Решения выносились на основании «местных обычаев и правил, принятых в крестьянском быту» (см. 107 «Положения»).⁶

Апелляционной и кассационной инстанцией для волостного суда выступал уездный съезд мировых судей. М.И. Зарудный, служащий Министерства юстиции, отмечал, что наряду с крестьянским судом начали функционировать «свои доморощенные суды»⁷. Последние были представлены традиционными «судами старииков», «семейными» и прочими неофициальными формами разбирательства споров и конфликтов на основании местных право-

⁴ Ефремова Н.Н. Проведение судебной реформы в Царстве Польском (к вопросу о деятельности Министерства юстиции). Методология историко-правовых исследований. М., 1980. С. 97–98.

⁵ Там же. С. 96.

⁶ Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. М. Юридическая литература. 1984–1994. Т .7. С. 59.

⁷ Там же. С. 97.

вых обычаев. При этом широко применялись процедуры примирения⁸.

Как видно из вышесказанного, правоприменительная деятельность в «особенных» местных судах и квазисудебных органах осуществлялась не столько на общеимперском законодательстве, сколько на региональном либо на основе правовых обычаев русского или нерусских коренных народов, норм шариата или адата у мусульман. Правовые обычай и религиозные нормы отражали этнокультурное и духовное развитие и потребности социальных общностей окраинных и внутренних территорий, позволяли учитывать особенности правосудия сословия, этноса или народности, соответствовали традиционным их ценностям и религиозно-нравственным ориентирам. И в этом смысле обычай не противоречил формальным принципам правосудия, принятым в пореформенной империи в качестве общих: 1) ведение судопроизводства на родном языке; 2) доступность и открытость суда; 3) справедливость, целесообразность, оперативность решения дел и т.п.

Вместе с тем действие «особенных» судов в Российской империи актуализировало вопрос о единстве ее судебной системы. Наличие в национальных окраинах (а равным образом в сельских округах коренных территорий) разнообразных судебных и квазисудебных учреждений и должностей, включая также неофициальную юстицию, делало эту систему пестрой и эклектичной, что, впрочем, отражало многообразие культур, социально-экономических систем в указанных регионах и сословно-территориальных общностях (сельские, волостные общества).

Естественно нельзя преувеличивать достоинства такого многообразия, обеспечивавшего адекватность организации правосудия уровню социально-экономического, духовного и культурного развития населения регионов. Однако имперское устройство государства обусловливало необходимость учета самобытности правового общения в них. Допущение такого «особенного» в дополнение к «общему» правопорядку является, с одной стороны, традиционным явлением для имперских государств, а с другой стороны ха-

⁸ См.: об этом подробнее: Ефремова Н.Н. Традиция примирения в истории обычного права и законодательства России (дореволюционный период). // Государство и право. Июль 2011. № 7. М., 2011. С. 84–90.

рактеризуют определенный уровень в достижении надлежащей организации правосудия, основанной на формальном равенстве, справедливости, гуманизме, демократичности и т.д. При этом все составляющие имперского судебного правопорядка в равной степени обеспечивались государством, а нарушение его пресекалось государственным принуждением также в равной мере. В конечном счете это способствовало стабильности общественной жизни и в определенной мере социальному и политико-правовому прогрессу.

Разумеется, нельзя не заметить, что толерантное отношение представителей имперской власти к «особенным» институтам местной юстиции было объективно вынужденным и в первую очередь нацеленным на сохранение целостности государства, даже путем уступок, противоречащих задачам модернизации, унификации публично-правовых и частноправовых порядков, а соответственно оформлению единой правовой и, как ее части, судебной системы. А без этого правопорядок, основанный на правовых началах формального равенства, равной меры свободы и справедливости, невозможен. Однако отсутствие единства судебной системы является своеобразной традиционной чертой ее дореволюционной истории.

*С.В. Ворошилова**

ЖЕНЩИНЫ В КРЕСТЬЯНСКОМ СУДЕ: ПРАВОВЫЕ ОБЫЧАИ РУССКОЙ ДЕРЕВНИ

С введением в действие «Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 19 февраля 1861 г. наряду с системой неформального сельского суда (семейного, соседского суда стариков и старост и т.п.), учреждаются волостные суды, ставшие официально введенными и юридически оформленными инстанциями для рассмотрения крестьянских споров. Вместе с тем в пореформенной деревне сохранялся крестьянский самосуд, который выражался в личной расправе потерпевшего и в осуществле-

* Ворошилова С.В. – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры истории государства и права Саратовской государственной юридической академии.

нии наказания всеми членами общины. Традиционно к самосуду прибегали наказывая конокрадов, поджигателей, а также женщин за не пристойное поведение и разврат. По свидетельству В.Б. Безгина, гулящим девкам отрезали косу, мазали ворота дегтем, завязывали рубаху на голове и по пояс голыми гнали по селу¹. Главной причиной семейного самосуда являлся факт или даже подозрение в супружеской измене.

Семейные споры могли рассматриваться и волостными судами. Наказанием для жен за нарушение семейного согласия, неповиновение или развратное поведение являлись, чаще всего, внушение, арест, а иногда и розги или общественные работы. Так, в решениях Балахнинского волостного суда Нижегородской губернии в 1866 г. жена за распутную жизнь и грубость в отношении мужа была подвергнута семидневному аресту, а в 1868 г. – за не послушание мужу приговорена к шести дням общественных работ и публичному прощению у мужа прощения².

Определяя традиционное воззрение крестьянского суда на положение женщины, следует отметить, что, как и по закону, статус замужних женщин, согласно обычному праву, был выше, чем в браке не состоявших. Так, например, в решениях волостных судов оскорблению замужней женщины наказывалось строже, нежели вдовы или девицы³.

Довольно часто крестьянские жены обращалась к защите и посредничеству общины, жалуясь на поведение мужа в семье и хозяйственной жизни, что не предусматривалось гражданскими законами. Так, по жалобе жены на пьянство мужа, от которого происходил ущерб хозяйству и семейной жизни, волостной суд мог приговорить мужа не только к назначению опекуна, но и к телесным наказаниям в виде ударов розгами⁴.

В жалобах крестьянских жен могли содержаться и просьбы ограничить мужа в праве распоряжаться семейным имуществом.

¹ Безгин В.Б. Крестьянская повседневность (традиции конца XIX – начала XX века. Тамбов, 2004. С. 84.

² Пахман С.В. Обычное гражданское право России: Юридические очерки. Т. 2. СПб., 1879. С. 85.

³ См.: Красноперов В.В. Крестьянская женщина перед волостным судом // Сборник правоведения и общественных знаний. Т. 1. СПб., 1893. С. 273.

⁴ См.: Савельев А. Юридические отношения между супругами по законам и обычаям великорусского народа. Н. Новгород. 1881. С. 70.

Так, в 1881 г. крестьянка А. пожаловалась на мужа, что тот ведёт нетрезвый образ жизни, наносит ей побои, растрачивает семейное имущество, стесняя тем самым ее и детей. Решением Кушевского волостного суда Архангельской губернии муж был приговорен к аресту на трое суток. Кроме того, ему было «воспрещено» растрачивать семейное имущество, которое было предоставлено в распоряжение жены⁵.

Замужняя крестьянка могла пожаловаться не только на притеснения со стороны мужа и его родственников, но и местного старосты. Так, в 1880 г., крестьянка деревни Сорокиной Саратовской губернии Прасковья Шухалина обратилась в уездное по крестьянским делам присутствие с жалобой на то, что старшина Арсений Сафонов приказал наказать ее розгами за «неповинование и ослушание свекра и свекрови». Присутствие, усмотрев, что староста превысил свою власть, постановило приговорить его к аресту на 2 дня и снять с должности⁶.

Обязанность супругов к совместной жизни, установленная законом, признавалась и в крестьянском быту. Вместе с тем, как отмечает С.В. Пахман, «случаи самовольного оставления одним супругом другого повторяются весьма часто, обыкновенно вследствие семейных ссор и неприятностей, а также по причине развратного поведения того или другого супруга, или жестокого обращения. Суды, в большинстве случаев, настаивают на строгом исполнении означенной обязанности, допуская, впрочем, иногда и уклонение от такого требования в особо уважительных случаях»⁷.

Следует отметить, что муж мог и отказаться от совместного с женой проживания, что не освобождало его от обязанности выплачивать ей содержание⁸. Вместе с тем выполнить такое решение суда было крайне сложно. Так, в жалобе крестьянки деревни Полезная Саратовской губернии, Матрёны Красновой, направленной мировому посреднику, говорилось о том, что ее муж, Петр Крас-

⁵ См.: Крестьянская семья и «Семейная собственность» в Архангельской губернии. Архангельск. 1912. С. 40.

⁶ ГАСО. Ф. 24., Оп. 1. Ед. хр. 669. Л. 16–17.

⁷ Пахман С.В. Обычное гражданское право России: Юридические очерки. В 2-х т. Т. 2. СПб., 1879. С. 86.

⁸ Никонов С.П. Семейное право в решениях волостного суда // Журнал министерства юстиции. 1902. № 10. С. 89.

нов, оставив ее 4 года назад с двумя малолетними детьми «без всякого куска хлеба», решение волостного суда о выплате ей на содержание 5 рублей в месяц не исполняет. Поскольку муж уехал на заработки в неизвестном направлении, жалоба жены осталась неудовлетворенной⁹.

Жена находилась под властью мужа и не могла оставлять дом последнего без его разрешения. Волостные суды строго следили за исполнением данной обязанности и не ограничивались одним лишь водворением или внушением, а нередко подвергали виновную женщину и ее родителей уголовным наказаниям – штрафу, аресту на несколько дней, присуждению к общественным работам, а подчас и телесным наказаниям. Так, в 1865 г. Бухтарминский волостной суд Бийского округа Томской губернии приговорил крестьянина Евдокима Городкова за «дурное обращение с женой и напрасные побои» к 20 ударам розгами, а жену его Анну за побег от мужа – к 10 ударам¹⁰.

Причиной нежелания крестьянских жен проживать совместно с мужьями могла быть неспособность последних прокормить свою семью. Так, в 1891 г. Кехотский волостной суд Архангельской губернии рассматривал жалобу крестьянина П. о том, что его жена ушла от него и не соглашается к нему вернуться. На суде, жена П. заявила, что не живет с мужем, так как он «занимается нищенством, не обрабатывает земли и не кормит ее». Суд постановил подвергнуть жену за самовольный уход от мужа аресту на четверо суток, объяснив ей, что все претензии к мужу она должна возбуждать общим судебным порядком¹¹.

Подчас, свои решения о принудительном возвращении жены в дом к мужу волостные суды объясняли необходимостью жены для ведения хозяйства, рассматривая ее исключительно как рабочую силу. Так, в 1891 г. в том же суде было принято решение о водворении для совместного жительства с мужем крестьянки В., так как она необходима ему для ведения и поддержания хозяйства в доме, с внушением ей оставаться в доме под угрозой наказания.

⁹ ГАСО. Ф. 24., Оп. 1. Ед. хр. 41. Л. 1–12.

¹⁰ См.: Костров Н. Юридические обычаи крестьян-старожилов Томской губернии. Томск. 1876. С. 27.

¹¹ См.: Крестьянская семья и «Семейная собственность» в Архангельской губернии. Архангельск. 1912. С. 42.

Мужу было предписано не наносить жене побоев и не отказывать в пище, а обращаться с ней «по-супружески»¹².

Таким образом, судебная практика подтверждала, что хотя обязанность совместного проживания супругов устанавливалась как для мужа, так и для жены, именно жены составляли многочисленные ходатайства с просьбой разрешить им жить отдельно. Указом Сената 30 ноября 1899 г. было предложено крестьянским учреждениям выдавать крестьянкам паспорта помимо согласия мужей, если последние окажутся виновными в жестоком обращении, а циркуляром министра внутренних дел от 21 декабря 1902 г. разъяснено, что женам-крестьянкам, которые живут отдельно от мужей пять лет и добывают своим трудом средства к существованию, можно выдавать виды на жительство без разрешения мужей.

Вместе с тем и жена была вправе требовать судебным порядком, чтобы муж не уклонялся от совместного жительства, что относилось исключительно к тем случаям, когда муж по каким-либо причинам удалял ее из своего дома. В этом случае, если жена обращалась к суду с просьбой о том, чтобы муж принял ее в дом снова, суд обыкновенно удовлетворял такую просьбу, особенно если муж сам был известен с дурной стороны¹³.

Дела о жестоких побоях крестьянских жен могли быть начаты волостными судами по жалобе потерпевшей, по заявлению страсты, волостного старшины или крестьян целой деревни¹⁴.

По крестьянским понятиям, жалоба жены на мужа была более предосудительной для нее самой, нежели для ее обидчика, поэтому жёны жаловались суду только тогда, когда их жизнь становилась совершенно невыносимой. Заслуживает внимания тот факт, что за жестокое обращение с женой муж наказывался судом лишь с ее согласия. Если же жена не требовала наказания для виновного мужа, или заявляла о необходимости принятия каких-либо других мер к установлению между ними согласия, то наказание не назначалось. В этом случае волостной суд ограничивался внушением, которое иногда скреплялось подпиской виновного. По мнению исследователей,

¹² См.: Крестьянская семья и «Семейная собственность» в Архангельской губернии. Архангельск. 1912. С. 43.

¹³ См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право России: Юридические очерки. В 2-х т. Т. 2. СПб., 1879. С. 75.

¹⁴ См.: Якушкин Е.И. Обычное право. Ярославль. 1875. С.541.

подобные внушения, а подчас и телесные наказания, которым подвергался виновный муж, не являлись гарантией восстановления мира в семье, более того, подвергнутый розгам муж чаще всего становился еще большим тираном для своей жены¹⁵.

Волостные суды могли и вовсе не назначать наказание для мужа в том случае, если жена, по мнению суда, была сама виновата в жестоком с ней обращении. Как по закону, так и по обычай муж в силу своей власти имел право требовать от жены повиновения и почтения и с этой целью «учить» ее. Нередкими являлись случаи, когда мужья с целью «исправления» жены прибегали к истязаниям и побоям, что считалось нормальным в крестьянской среде. А.Я. Ефименко в своем исследовании приводит слова одной крестьянки, которая пришла жаловаться в суд на побои, причиненные ей братом мужа: «Я знаю, что такое право. Мой муж может меня бить и должен, если я ему не противна и если он имеет что-либо против меня. Но от его брата я никак не могу этого сносить: не он мой господин»¹⁶. Таким образом, в крестьянском понимании побои жены являлись законным и естественным проявлением власти мужа. Они не ставились ему в укор и принимались как должное. Более того, отсутствие этого проявления могло расцениваться как явление не-нормальное, нарушающее гармонию супружеских отношений.

На отдельное от мужа жительство, по народным воззрениям, жена имела право только с его согласия. В практике волостных судов нередко встречались случаи, когда жена вследствие несогласия с мужем и его родными требовала паспорта на отдельное жительство, но суд отказывал ей, так как муж возражал против этого. По мнению С.В. Пахмана, мужья в большинстве случаев соглашались на выдачу женам отдельного вида на жительство при условии уплаты женою определенной денежной суммы на наем, вместо нее работницы¹⁷.

¹⁵ См.: *Лудмер Я.* Бабы стоны (от жестокого обращения мужей) // Юридический вестник. 1884. Кн. 11–12. С. 456–457, 459; *Верещагин О.* О бабых стонах. Фактические данные о положении русской женщины // Юридический Вестник. 1885. Кн. 4. С. 751.

¹⁶ Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. Обычное право. М., 1884. С. 81.

¹⁷ Пахман С.В. Обычное гражданское право России: Юридические очерки. В 2-х т. Т. 2. СПб., 1879. С. 82.

Впрочем, иногда и без согласия мужа волостные суды удовлетворяли просьбу жены о выдаче ей отдельного вида на жительство, в том случае, если муж растратил имущество, продал его или отдал в чужие руки, и таким образом лишился возможности содержать при себе жену, или по причине семейных раздоров. Кроме того, С.В. Пахман отмечает существование обычая в одной местности, по которому жена могла получить право проживать раздельно с мужем по причине его неспособности к брачному сожительству. Вместе с тем подобные решения волостными судами выносились крайне редко, не столько из уважения к главенствующему положению мужа, сколько из соображений, что отдельное жительство жены лишало дом необходимой рабочей силы¹⁸.

Экономические условия жизни крестьянской семьи диктовали негативное отношение к разводу, процедура которого еще более усложняется в XIX в. Это вызвало замену юридического развода в крестьянской среде фактическим разлучением супружов, которое достаточно часто происходило по их взаимному согласию. В этих случаях мог заключаться особый договор, который записывался в книгу волостного суда. С точки зрения обычного права такие договоры не содержали в себе ничего противозаконного, между тем как Свод законов прямо воспрещал всякие акты, клонящиеся к самовольному разлучению супружов (СЗ. т. X, ч. 1, ст. 46 и 103). Иногда такие соглашения, прямо со слов супружов, записывались в книги волостных судов. При выполнении всех обязательств подобного договора прекращались не только имущественные, но и личные отношения между супружами.

Изменения социально-экономических условий развития деревни и распространение отходных промыслов способствовали смягчению семейных нравов и росту значения женщин в хозяйственных делах, что подтверждалось судебной практикой. Более того, при сильном характере жены и слабости мужа жена могла приобрести главенство в семье, признаваемое общиной. В этом случае жена могла выступать на сельском сходе и являлась ответственной за исполнение различных повинностей.

В отличие от закона крестьянское мировоззрение признавало за женой право жаловаться суду на поведение мужа, а также до-

¹⁸ Пахман С.В. Указ. соч. С. 90–91.

пускало разлучение супругов по их взаимному согласию. Вместе с тем, в отличие от общих судебных мест, определявших в качестве наказания для жен, не желавших проживать совместно с мужем «принудительное препровождение» в дом последнего, в решениях волостных судов в качестве санкций за аналогичные действия крестьянок встречались арест, штраф и даже телесные наказания.

Таким образом, женщины достаточно часто обращались в волостной суд с различными жалобами. По подсчетам материалов южных уездов Рязанской губернии, доля женщин среди истцов в 1861–1876 гг. составила 16,4%¹⁹. Судебные решения, направленные на защиту имущества крестьянской женщины, ее чести и достоинства от посягательств мужа и других родственников свидетельствуют о трансформации в крестьянском сознании отношения к женщине как к бесправному забитому существу. Традиционное представление крестьянских мужиков об их праве «учить» и «воспитывать» свою жену противоречило многочисленным решениям волостных судов, встававшим на защиту женщин. Задачей волостного суда являлось преодоление прежних стереотипов поведения, и внедрение правовых обычаев в сферу деревенских обыденных взаимоотношений способствовали формированию новых правовых традиций в русской пореформенной деревне.

*В.В.Попадейкин**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ РУССКОЙ ИНТЕЛЛИГЕНЦИИ В УСЛОВИЯХ ЛИБЕРАЛЬНО- ДЕМОКРАТИЧЕСКИХ РЕФОРМ В РОССИИ

Сегодня возрождается интерес к традициям русской интеллигенции в сфере культуры и права. В условиях глобализации в РФ появились новые славянофилы и западники (менеджеры рыночной

¹⁹ См.: Земцов Л.И. Крестьянский самосуд. Правовые основы и деятельность волостных судов в пореформенной России (60–80-е гг. XIX в.). Воронеж, 2007. С. 79.

* Попадейкин В.В. – профессор кафедры управления экологическими и экономическими системами Российской университета дружбы народов.

экономики), которых часто идентифицируют как либералов и связывают с ними либеральные реформы. При этом категория «русский либерализм», широко и не всегда оправданно используемая в экономической, юридической и политической литературе, имеет свою логику и сложные внутренние взаимоотношения. В условиях либерально-демократических реформ в России, к сожалению, сохраняются многие опасные правовые традиции русской интеллигенции, которые были подробно освещены авторами «Вех»²⁰. Традиционное отношение русской интеллигенции к философии и праву намного сложнее и противоречивее, чем это может показаться на первый взгляд.

Одни интеллигенты вернулись к привычным традициям славянофилов, народников и анархистов (от Достоевского до Толстого), которые склонны видеть в определенной социальной группе воплощение духа «Земного рая». Наши современники просто на место патриархального крестьянства поставили экономическую и инженерную элиту (менеджеров, физиков, химиков, нанотехнологов и т.д.). В целом создают «открытое общество» и «техногенную вертикаль» как очередную пристройку «вертикали власти». Придавая праву несвойственные ему функции, стирая грань между правовыми и техническими нормами, что может пагубно сказаться на национальной безопасности России.

Другие – пытаются сформировать новое общество индивидуальных предпринимателей – частников, независимых от государства и общества, ведущих полноценную деятельность на международном и региональном уровнях в определенном противоречии с принципами суверенитета государства.

Трети – пройдя стажировку в США и обобщая опыт Египта, Ирака и других стран Арабской Весны, просто готовятся к контрреволюционной борьбе.

Классификацию можно продолжить, но всех их объединяет неприязнь к писанным законам. Они легко отвергают уголовное право, административное право. Гражданское право рассматривают только как неотъемлемое право частной собственности. Вслед за Л.Н. Толстым русская техническая интеллигенция вновь отрица-

²⁰ Вехи; Интеллигенция в России: Сб. ст. 1909–1910 / Сост., comment. Н. Казаковой; Предисл. В. Шелохаева. М.: Мол. гвардия, 1991.

ет необходимость внедрения права в общественные отношения всех субъектов либерально-демократических реформ в России, выделяя научно-технические и экономические приоритеты. Строгое нормирование и четкое определение законных прав и обязанностей отвергались и отвергаются интеллигенцией по различным причинам: во имя Веры, Свободы пролетариата, Научно-технического прогресса, Перестройки, Рыночной экономики, Свободы торговли на международном уровне и т.д.

На наш взгляд, наибольшую опасность сегодня представляет тенденция части русских экономистов-либералов подвергать сомнению традиционные представления о нерушимости государственного суверенитета в свете расширения международного разделения труда в условиях глобализации. Смена традиционной системы стандартизации на техническое регулирование является по сути возможностью как косвенного вмешательства во внутренние дела в сфере экономике любого государства, так и прямого разрушения традиционного уклада экономики.

При этом противостояние государственному суверенитету со стороны ряда общественных организаций, автономных некоммерческих организаций в России закладывает основы вероятности прямой военной интервенции по причине того, что события в этой стране якобы угрожают национальным интересам другой державы. Вооруженное вторжение может быть осуществлено также под предлогом локализации этнического конфликта, уличных беспорядков (в принципе носящих чисто хулиганский характер), уничтожения баз международных «вероятных» или «предполагаемых» террористов, а также предотвращения создания оружия массового уничтожения (известные трагические события в Ираке). Это позволит вероятным противникам России широко использовать двойные стандарты (например, в одном случае сепаратистов рассматривать как террористов, а в другом – как борцов за независимость).

Выход из создавшегося кризиса русской технической интеллигенции России возможен, если она, несмотря на все политические, экономические и правовые трудности, препятствия и возможные негативные риски, создаст либеральную правовую модель государственного развития, специфичную для России, отвечающую лучшим традициям русской либеральной правовой мысли:

Б.Н. Чичерина, В.С. Соловьева, Л.И. Петражицкого, П.И. Новгородцева, Б.А. Кистяковского и С.И. Гессена²¹. Работы этих авторов наиболее полно формулируют лучшие традиции либеральной правовой мысли: государство – мораль – справедливость – общество – личность (субъект). Чтобы это произошло, от правоведов и политиков потребуется разработать принципиально новую концепцию правового государства и стратегию устойчивого развития России, понятную и приемлемую для большинства граждан – «бедных» и «богатых». Данный процесс трансформации классического правового либерализма в либерализм современного правового российского государства в условиях глобализации крайне сложен и противоречив.

Наиболее полно данной традиции русского правового либерализма в условиях глобализации соответствует либертарно-юридическая концепция²². Правовые позиции Б.Н. Чичерина, В.С. Соловьева, Л.И. Петражицкого, П.И. Новгородцева, Б.А. Кистяковского и С.И. Гессена объединяет принцип формального равенства, который включает: абстрактно-формальную всеобщность нормы и меры равенства; свободы и справедливости.

К сожалению, именно справедливость в духе лучших традиций русского правового либерализма в лице В.С. Соловьева вызывает наиболее бурный протест со стороны демократически настроенной технической интеллигенции («физиков от экономики»), включая политическую оппозицию, которые утверждают, что наиболее опасным явлением в социальной системе (по принципу – рынок решит «все») – государственная защита интересов наиболее незащищенных слоев населения и реализация справедливости правоохранительными органами (следственными органами, прокуратурой и судом). Следствием изложенного стало то, что сегодня государственные органы практически потеряли контроль над 50% работающих, которые оказались во власти автономных некоммерческих организаций («иностранных агентов») и обществ с ограниченной ответственностью (грубо нарушающих часто права челове-

²¹ Валицкий А. Философия права русского либерализма. М.: Мысль, 2012. С. 567

²² Нерсесянц В.С., Муромцев Г.И., Мальцев Г.И. Право и культура: монография. М.: Изд-во РУДН, 2002. 423 с.

ка на труд и справедливую его оплату). В результате уже сегодня Россия начинает сталкиваться с проблемами выплаты пенсий, сбором налогов и т.д.; гражданский процесс и мораль вступают в отдельных случаях в серьезные противоречия; нарушаются права человека на безопасные условия труда; ряд предпринимателей уходит от уголовной ответственности за грубые нарушения правил по охране труда, повлекшие смерть или тяжкие телесные повреждения работника.

В условиях глобализации и господства технократии особое значение приобретает актуальная для сегодняшней России позиция – разграничение правовых и нравственных явлений автоматически не санкционирует несправедливые позитивные законы, а также полностью исключает нравственность из правового (юридического) мышления.

Сочетание права и морали в плане традиций русского либерализма не противоречит современным представлениям о праве в России и за рубежом. Столкнувшись с « злоупотреблением» права, немецкие правоведы уже к концу XX века разработали ряд законов, направленных на защиту нравственности и справедливости, в определенной степени ограничивающих право частной собственности.

Таким образом, вырабатываются действенные механизмы стабилизации общества в условиях абсолютизации права на частную собственность, неограниченное материальное производство и индивидуальную экономическую свободу. Успешная правовая деятельность возможна лишь в том случае, если субъект права будет придерживаться морально-культурных ценностей (традиционных для русского общества), с одной стороны, а с другой – сумеет их преодолеть в интересах научно-технического прогресса и благополучия России.

Возможности для реализации рассматриваемого принципа заложены прежде всего в методологической схеме правовой защиты субъектов управляемой деятельности, т.к. «...власть возможна лишь в мире, в котором сочетается случайность и необходимость, хаос и порядок. Именно тяга к порядку в основном оправдывает осуществление руководства как такового»²³. Можно

²³ Тоффлер Э. Метаморфозы власти. Знание, богатство и сила на пороге XXI века. М.: Изд-во АСТ, 2003. С. 699.

сказать, что огромный правовой опыт, накопленный русскими либералами в ходе либерально-демократических реформ в России, которые охватывают более столетия русской истории, может и должен быть учтен при определении вектора развития системы государственного управления новой России.

*Б.А. Камкия**

ФОРМИРОВАНИЕ ТРАДИЦИИ ОГРАНИЧЕНИЯ ВЛАСТИ В РОССИИ

В России проблема соотношения конституции и российской правовой среды остается актуальной. Сохраняется опасность столкновения национальных и конституционных культур во всем постсоветском пространстве.

Надо отметить, что процесс синтеза российской правовой культуры и конституционных традиций, в числе которых традиция ограничения власти, находится в начальной стадии. Это обуславливает необходимость исследования проблем, связанных с формированием традиции ограничения власти в России. Последняя, будучи сложной по своему составу, не может не влиять на разновекторные процессы правообразования.

Как известно, формальное включение конституции в национальную среду – лишь внешний признак и первый шаг к ее признанию. Для стабильного развития России необходимо создавать, а в ряде случаев следовать собственным конституционно-правовым традициям ограничения власти, которая включает убеждения, науки, образы управляющих и т.д. Любой государственно-правовой традиции нужна вера в гражданскую и политическую свободу, в народовластие, в конституционные принципы, идеи и ценности, в конституционно-правовой образ народа, в образ личности человека, в государство, а также в образ закона¹.

* **Камкия Б.А.** – кандидат философских наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Сочинского института РУДН.

¹ См.: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003.

Проблема ограничения государственной власти исследуется в рамках юридического позитивизма: государство имеет правовую природу и самоограничивается им же созданным законом, при этом содержание закона ускользает и не обсуждается. Этот подход не может дать объяснения причин отсутствия конституционно-правового режима ограничения власти на практике. Исходя из этого целесообразно обращение к другим направлениям правопонимания. Так, доктрина юснатурализма требует исходить из первичности естественного права, неотчуждаемости прав человека, которые выступают ограничителями все权力ия государства, являются критериями позитивного права.

С позиций психологического подхода к праву и государству власть государства простирается лишь настолько, насколько граждане осознают себя от него зависимыми. Представления подвластных о государстве, их отношение к праву, к личной и общественной свободе обусловливают соответственное ограничение государственной власти. Социологическая юриспруденция границей государственной власти считает цели власти – общественные интересы, общее благо, всеобщую пользу и благосостояние. Структурой, ограничивающей власть, выступает само общество. Коммуникативное правопонимание раскрывает транссубъектную природу права. В этом случае право существует в режиме взаимности.

Как известно, конституционно-правая традиция ограничения власти – фундаментальный принцип правового государства. При этом концепция правового государства в различных модификациях неодинаково решает проблему связанности власти правом. При этом остаются незатронутыми вопросы, затрагивающие природу права как исходящего из природы самого человека. «Российский человек не воспринимает право в том виде, в котором оно представляется, а то и вовсе навязывается государством. Право как систему норм, не основанных на присущих самой его природе чувстве правды и представлениях о справедливости, россиянин действительно не приемлет».

Теория правления права, провозглашающая верховенство права как подчинение позитивного права естественному праву, сводится к тому, что данная концепция сосредоточивает значительный ограничительный потенциал. Однако критерии ограничения государства представляются весьма размытыми, недостаточно четкими, что затрудняет их практическую реализацию.

Наиболее полно раскрыть возможности права как важнейшего инструмента ограничения государства станет возможно при использовании и других концепций правопонимания. В рамках интегративного подхода к праву существует наибольшая возможность добиться единства формы и содержания, придать социально оправданным ограничениям государственной власти четкую юридическую оболочку.

Система взглядов на ограничение государственной власти может быть представлена совокупностью структурных компонентов, среди которых: идеологический, включающий теоретические основания ограничения государственной власти (теории правового государства, разделения властей, демократии, автономии личности, прав человека, взаимной ответственности государства и личности, подконтрольности государства обществу); институциональный, содержащий институты публичной власти, деятельность которых должна находиться в правовых пределах, личность, институты гражданского общества, международные структуры, закрепляющие правовые пределы и ограничения в отношении публичной власти; функциональный (праксеологический), объединяющий правоотношения, складывающиеся в процессе реализации власте-отношений, функции, метод, тип, механизм, правовой режим ограничения государственной власти.

Социальные факторы, определяющие пределы власти (экономика, право, политика, нравственность, религия, культура и др.), неравнозначны: одни стабильны, устойчивы, малоизменчивы, другие, наоборот, в большей степени динамичны, зависимы от субъективного восприятия. Действие каждого из них не является однозначным, оно варьируется в зависимости от социальной структуры конкретного общества, этапа его развития, уровня цивилизованности, демократичности и др.

Признаки, характеризующие пределы государственной власти, следующие: объективные и субъективные; материальные и идеальные; качественные и количественные; внешние и внутренние; позитивные (системосохраняющие, т.е. диалектически связанные с подлинной свободой, ведущей общество и личность к эволюции) и негативные (связанные с ложной свободой, ведущей общество и личность к деградации); фактические и юридические; общесоциальные (экономические, политические, этические, культурные, религиозные и т.д.) и специально-юридические (правовые).

Что касается специально-юридических пределов, то они устанавливаются с помощью системы правовых средств, задают направленность механизму правового регулирования, способствуют достижению социально полезных целей. Применительно к властным структурам цель такого регулирования заключается в том, чтобы максимально сориентировать субъектов власти на выполнение государственно-служебных дел, а также предотвратить возможные злоупотребления с их стороны, исключить использование своего служебного положения в личных целях.

В этом случае под правовыми средствами понимается упорядоченная совокупность формально определенных, обеспеченных государством правовых установлений (средства-инструменты) и средств правореализационной практики (средства-деяния), целенаправленное действие которых приводит к юридически значимым последствиям, удовлетворяющим социально полезные интересы субъектов.

Таким образом, правовые пределы представляют собой законодательно определенные границы функционирования публичных органов власти, должностных лиц, государственных служащих, в которых выражается юридическое содержание их деятельности посредством закрепления в их правовом статусе компетенции, правомочий, запретов.

Правовые пределы государственного вторжения в сферу индивидуальной автономии личности устанавливаются правами человека, которые не могут быть нарушены или произвольно ограничены государством. Посредством прав человека в отношении государства возводятся не только правовые, но и нравственные ограничения. Обеспечение прав человека выражается через обязанность государства признавать, соблюдать и защищать их. Юридические обязанности государства зависят от многих факторов: природы самих прав; сферы общественных отношений, в которых они осуществляются; статусов субъектов – носителей прав; отношения государства к оценке значимости социальных и индивидуальных потребностей и интересов, выраженных в правах; понимания и уважения государством самой идеи прав человека и гражданина и т.д.

Надо отметить, что обязанности государства имеют пассивный и активный характер, соответственно можно различать нега-

тивные и позитивные обязанности государства. Это означает, что государство должно воздерживаться от вмешательства в определенные сферы частной жизни гражданского общества (в основном в сфере личных и политических прав) и действовать активно (в сфере социальных, экономических и культурных прав) по установлению правозащитных механизмов, гарантирующих пользование гражданином своими правами и заключенными в них социальными благами.

Наибольшая трудность сегодня в нашей стране заключается в определении объема обязанностей государства в сфере обеспечения социальных, экономических и культурных прав личности. Способствует этому существующий пробел в конституционном регулировании обязанностей государства, который связан с отсутствием в ст. 18 Конституции Российской Федерации упоминания о том, что не только права и свободы, но и обязанности человека и гражданина, а также государства определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления.

Правовые пределы государственной власти – комплексное социально-правовое явление, включающее диалектически взаимосвязанные элементы: принцип, метод и режим функционирования государственной власти.

Принцип связаннысти власти правом означает: во-первых, установление границ правомерной деятельности (компетенции, должностных полномочий, пределов ведения, системы сдержек и противовесов); а, во-вторых, ограничение негативной активности путем исключения определенных возможностей из их правового статуса. Эти аспекты неразрывно связаны между собой (одно вытекает из другого), ибо коллизионность, пробельность пределов правомерного поведения может стать источником злоупотреблений властью, коррупции. Так, например, чрезмерное неправомерное влияние исполнительной власти на судебную власть способствует негативным проявлениям.

Метод правового ограничения государственной власти представляет собой системное сочетание однородных императивных способов, приемов и средств юридического воздействия в сфере властеотношений, с помощью которых деятельность государственной власти вводится в «руслло» законов, направляется на их ис-

полнение в нормативно установленных формах. Специфика метода правового ограничения государственной власти отражена в правовом статусе властных субъектов, в содержании правоотношений с их участием и т.п., однако он носит декларативный характер и требует детализации.

Под механизмом правового ограничения государственной власти понимается нормативно определенный, динамично функционирующий комплекс органически единых, логически взаимосвязанных юридических средств, поэтапно включающихся в регулирование сферы публичной власти, нацеленных на обеспечение ее эффективности, недопущение злоупотреблений и противоправных действий, достижение баланса интересов личности, общества и государства. В механизме правового ограничения государственной власти взаимоувязаны регулятивные и охранительные, простые и комплексные, нормативные и правореализационные и другие юридические средства.

Тем не менее надо отметить, что реализация на практике идеи ограничения власти в России все явственнее требует юрисдикции процессуальной стороны деятельности публичной власти, которая призвана способствовать унификации властных процедур, обеспечивать прозрачность деятельности власти.

Являясь предельно широкой категорией, режим ограничения государственной власти подразумевает упорядоченную совокупность юридических средств, методов, типов и механизмов правового регулирования, опосредующих сферу реализации властных полномочий, характеризующий устойчивое состояние юридической правомерности публичных отношений, их соответствие положениям действующего законодательства.

Как известно, организационно-правовой механизм ограничения государственной власти находит выражение в сочетании принципов разделения и единства государственной власти. Разделение властей (распределение полномочий по осуществлению государственной власти между независимыми друг от друга органами) обосновано теорией правового государства, согласно которой судебная власть становится гарантом соблюдения права самим законодателем и правоприменителем, а конституционное судопроизводство является неотъемлемой частью государственного механизма, позволяющего реально воздействовать на функ-

ционирование самостоятельных законодательной, исполнительной и судебной властей. Данный принцип в зависимости от различных обстоятельств (исторического периода, эволюции формы государства) может в определенных пределах трансформироваться. При этом его суть и предназначение остаются неизменными. Практическая ценность принципа разделения властей состоит в том, что благодаря конституционной системе сдержек и противовесов устанавливаются институциональные барьеры против концентрации власти, обеспечивается ее единство. При этом надо отметить высокую роль исполнительной власти в России, которая расходится с традицией западно-европейского конституционализма. Российская традиция складывалась исторически на протяжении длительного исторического времени, равно формируя высокую ответственность государственной власти перед человеком, обществом, народом.

Сдерживающие начала принципа разделения властей в полной мере раскрываются в системном единстве с принципами народовластия, федерализма, сочетания централизации и децентрализации, открытости в деятельности органов власти. В условиях становления политической конкуренции в России потенциал данного принципа остается слабо выраженным. Относительно реализации власти в полной мере проявляется ограничительный характер юридической ответственности. Принятие властными субъектами соответствующих правовых норм и признание тем самым себя ответственными за собственные действия представляет собой по сути акт самоограничения государства. При этом пробельным можно считать отсутствие закона, регулирующего порядок возмещения государством вреда, причиненного неправомерными действиями органов и должностных лиц, в котором были бы закреплены: основания ответственности; условия, при которых ответственность государственной казны исключается; порядок предъявления регрессного иска; порядок исполнения решений суда.

Исходя из евразийской цивилизационной принадлежности России пределом, существенно ограничивающим свободу власти, должны стать: интерес отдельной личности, гражданского общества, общественное благосостояние, общая польза, общее благо. В настоящее время несовпадение интересов власти и общества, выход власти за пределы дозволенного дестабилизируют страну, воз-

никает коррупция, снижается уровень жизни и укрепляются позиции авторитаризма. В этой связи необходимо совершенствование правового механизма регулирования конфликта интересов как инструмента ограничения неправомерного интереса властующего субъекта.

Следующим важнейшим ограничителем государственной власти выступает гражданское общество, которое воздействует на власть на двух уровнях: микроуровне, на котором конкретный индивид отстаивает и осуществляет собственные права и этим реализует справедливость в отношении самого себя. Этот уровень в России остается слабо выраженным. Относительно второго уровня – макроуровня, где общественные структуры (общественные объединения, в том числе политические) осуществляют государственные функции в органах власти, можно констатировать также понижение их активности.

Ограничение власти государства – не самоцель. Задача общественного контроля состоит в том, чтобы, ограничивая власть, не сковывать ее деятельность, не демонтировать управлеческий аппарат, а способствовать нормальному функционированию органов государства, исполнению ими своих обязанностей перед гражданским обществом.

Общественный контроль как важнейший инструмент в механизме ограничения государственной власти и как системное явление включает следующие элементы: институты, нормы, функции, идеологию подконтрольности государства и абсолютности личного достоинства. Однако общественный контроль в нашей стране пока не получил должной юридизации.

В целях повышения эффективности государственной власти в России должна осуществляться систематизация норм, закрепляющих правовой статус и компетенцию властных субъектов, их юридическую ответственность, возвращение к принципу выборности глав субъектов Российской Федерации, смешанной системе выборов депутатов Государственной Думы, децентрализации управления, открытой информационной политике, вовлечение широких слоев населения в процесс формирования государственной политики.

*В.И. Ерыгина**

ТРАДИЦИИ ИССЛЕДОВАНИЯ ПОЛИТИЧЕСКИХ ПАРТИЙ В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

В условиях трансформации всех сторон жизни современного российского общества, нестабильного законодательства, демонстрирующего отсутствие четкой правовой политики нашего государства правовые традиции, крайне востребованы и необходимы для стабилизации общественно-экономической, политической обстановки в стране. Применяя данную философскую категорию к правовой науке, мы подразумеваем, во-первых, ее гносеологическое значение в качестве методологического средства исследования накопленного теоретического знания, а, во-вторых, ее эвристичность или возможность использования исторического опыта при анализе реальных проблем общественного развития и предвосхищении будущего. Такими проблемами в России являются противоречия между ростом числа политических партий и отсутствием реальной многопартийности, между наличием альтернативных выборов и отсутствием конкурентной борьбы претендентов на власть, между существованием парламента и неразвитостью институтов парламентаризма.

В России идеи перехода к парламентской форме правления, режиму конституционализма появились на рубеже XIX–XX вв. Они разрабатывались в рамках либеральной теоретической модели переустройства общества. Либерально настроенные ученые считали идеалом общественно-политического устройства режим парламентаризма, при котором важнейшим центром консолидации общества и власти является парламент. В рамках парламентских форм и процедур идет постоянный диалог между представителями общества (политическими партиями) и государственной властью (правительством, администрацией)¹.

* Ерыгина В.И. – кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Белгородского государственного национального исследовательского университета.

¹ См.: Модели общественного переустройства России. XX век / Отв. ред. В.В. Шелохаев. М., 2004. С. 16.

К либеральному направлению отечественной историографии можно отнести труды Б.Н. Чичерина, М.М. Ковалевского, Ю.С. Гамбарова, Н.А. Бердяева, П.Н. Милюкова, М.Я. Острогорского и др². Они разрабатывали методологию анализа партий как посредников между гражданским обществом и государством и рассматривали партии в контексте перехода к парламентаризму в классических его формах. Причем до создания политических партий и появления парламента в России отечественные исследователи могли изучать эти общественные институты чисто теоретически, беспристрастно, на основе внешнего наблюдения, проводя сравнительный анализ их исторического развития в разных странах и делая объективные всесторонние выводы. Однако в начале XX в. многие ученые становились политическими деятелями, вступая в партии, и рассчитывали на то, что их учения будут иметь широкую общественную поддержку и реализацию на практике. Политическая идеология оказала значительное влияние на становление и дальнейшее развитие российской доктрины о политических партиях как институтах системы парламентаризма. Поэтому она представляет собой не единую стройную теорию, а совокупность разнообразных, порой прямо противоположных взглядов, которые можно сгруппировать в теоретические модели, соответствующие направлениям идеологии.

Несмотря на имевшиеся расхождения во взглядах ученых, многие из них при анализе политических партий использовали одинаковый прием исследования, а именно социологический метод, так как считали партии естественными и необходимыми продуктами развития общества. Социальное расслоение способствует появлению различных общественно-политических настроений в умах отдельных слоев населения. Затем граждане начинают объединяться в самостоятельные организации единомышленников, что приводит постепенно к образованию партий. Так, например, Б.Н. Чичерин считал закономерностью развития общества социальную борьбу, а

² Чичерин Б.Н. О народном представительстве. М., 1899; Ковалевский М.М. Происхождение современной демократии. Т. 2. М., 1895. Гамбаров Ю.С. Политические партии в их прошлом и настоящем. СПб., 1904; Бердяев Н.А. Россия и Запад // Антология мировой политической мысли. В 5 т. Т. 4. М.: Мысль, 1997. С. 593–599; Милюков П.Н. Главные течения русской исторической мысли // Антология мировой политической мысли. В 5 т. Т. 4. М.: Мысль, 1997. С. 344–347; Острогорский М.Я. Демократия и политические партии. М.: РОССПЭН, 1997.

отношения партий рассматривал как борьбу классов. «Организация же партий из политических направлений, по Чичерину, – показатель зрелости общества»³.

Плюралистический подход к анализу политических партий с позиций сравнения аргументов в пользу данного института и против него был характерен для русских ученых: Б.Н. Чичерина, В.М. Хвостова, М.М. Ковалевского и др. Согласно взглядам Чичерина, многопартийность – бесспорное благо, источник развития политической жизни. Однако создание политических партий и их деятельность возможна только в свободном обществе, там, где у людей есть возможность собираться вместе, обсуждать насущные политические вопросы и действовать сообща. Однако наличие свободы является необходимым, но недостаточным условием создания политических партий. По словам Б.Н. Чичерина, помимо свободы необходимо, чтобы «в обществе существовали нужные для партий элементы, чтобы определились направления, чтобы люди группировались около некоторых общих, сознанных ими начал, чтобы выработались политические нравы», т.е. созрело общественное мнение. По мнению Б.Н. Чичерина, партии весьма полезны для общества в силу следующих обстоятельств:

1) они способствуют всестороннему обсуждению политических вопросов, что естественно в условиях межпартийного соперничества;

2) одним из главных достоинств многопартийной системы Б.Н. Чичерин называет существование оппозиции, не прощающей власти промахов, сдерживающей бюрократический произвол и заставляющей правительство действовать эффективно;

3) в самих партиях, благодаря партийной дисциплине, можно прийти к общему мнению и продвигать его в общество;

4) партии выдвигают талантливых людей в политику.

Среди «минусов» многопартийности он выделял следующие.

1. Принадлежность к своей партии дает человеку «систематически одностороннее направление». Член партии смотрит на все ее глазами и руководствуется ее интересами политической борьбы. Например, член оппозиционной партии привыкает смотреть на правительство только отрицательно.

³ *Искра* Л.М. Борис Николаевич Чичерин о политике, государстве, истории. Воронеж, 1995. С. 52.

2. «Дух» своей партии заслоняет бескорыстное стремление к общему благу. Все интересы связаны с тем, чтобы одолеть противника. Все при этом приносится в жертву узкопартийным, а не государственным целям.

3. В политической борьбе разгораются страсти. Для победы сторонники различных партий взывают к самым низменным инстинктам масс. В силу этого портятся общественные нравы.

4. Для достижения своих целей партии прибегают к любым, порой нечистоплотным средствам – лжи, клевете. Ложь становится обыденной в общественной жизни и к ней привыкают.

5. Непрерывная борьба ведет к ослаблению правительственної власти, ее силы расходуются на борьбу с оппозицией.

Однако «минусы» многопартийности, по мнению Б.Н. Чичерина, преодолеваются, но для этого оппоненты должны, в конце концов, уяснить, что цель политики – общественная консолидация, консенсус, а борьба – лишь средство достижения этого состояния⁴. Хотя многопартийность влечет за собой массу негативных явлений, она порождена самим общественным развитием, и необходимым ее элементом должна быть конкуренция между партиями, чтобы ни одна из них не могла монопольно захватить власть. Б.Н. Чичерин предвосхищает проблему государственного регулирования деятельности политических партий, проведения ею предвыборной агитации, ограничения межпартийной борьбы определенными рамками, т.е. правовую институционализацию партий. Будучи сторонником активной роли государства, Б.Н. Чичерин заложил традиции исследования взаимодействия государства и политических партий, их места и роли в политическом механизме власти.

Критическое отношение к партиям также составляло традиционное направление в правовой теории России второй половины XIX – начала XX в. Среди сторонников этого направления был К.П. Победоносцев, писавший о том, что партии в борьбе за власть широко применяют подкуп избирателей, а выборы в представительный орган власти превращаются в игру партий, управляемую интригой, лживыми приманками⁵. Дело законодательства также пре-

⁴ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Ч. 3. Политика. М., 1898. С. 541–544.

⁵ Победоносцев К.П. Новая демократия // Победоносцев К.П. Избранное. М., 2010. С. 213–218.

вращается в игру, так как законы принимают представители победивших на выборах партий, которые не выражают мнение своего народа, а следуют инструкциям своих партий⁶. Антипартийные высказывания были распространены и в 20-е годы прошлого столетия среди русских эмигрантов. Так, например, И.А. Ильин писал, что «дух политической партийности всегда ядовит и разлагающ. Сущность его состоит в том, что люди из честолюбия посягают на власть; ставят часть выше целого; создают атмосферу разлагающей нетерпимости; обращаются в борьбе к самым дурным средствам; становятся зловредными демагогами; превращают партийную программу в критерий добра и зла»⁷. По мнению И.А. Ильина, «демократия разваливается именно вследствие ее партийного строения». Партию он определял как союз граждан для захвата власти⁸. И.А. Ильин разделял партии на два вида: демократические и антидемократические. Первые выступают за соблюдение конституции и рвутся к захвату власти позволенными и полупозволенными путями, а вторые – пренебрегая законом, стремятся захватить власть позволявшими и непозволенными средствами, чтобы уничтожить другие партии и оставить власть за собою «навсегда».

Недостатками партий И.А. Ильин считает демагогические обещания, кумовство, непрозрачное или просто темное финансирование, инсинации против честных людей чужой партии, укрывательство собственных безобразий, лишение противников свободного слова в собраниях и другие. Партия, будучи малой частью всех граждан, «стремится навязать государству свою частную (партийную) программу всю целиком, вопреки сочувствию и желанию всех остальных граждан, которые или совсем не высказались... или же высказались не в ее пользу. В силу... этого каждая партия представляет из себя меньшинство, навязывающее свою волю большинству»⁹.

⁶ Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени // Традиция и русская цивилизация / Д. Володихин, С. Алексеев, К. Бенедиктов, Н. Иртенина. М.: Аст-рель: АСТ: Транзиткнига, 2006. С. 274.

⁷ Ильин И.А. Яд партийности // Педагогическое наследие русского Зарубежья. 20-е годы. М., 1993. С. 36–38.

⁸ Ильин И.А. Партийное строение государства // Ильин И.А. Наши задачи. Историческая судьба и будущее России. Статьи 1848–1954 годов. В 2 т. Т. 1. М., 1992. С. 202–203.

⁹ Ильин И.А. Партийное строение государства // Ильин И.А. Наши задачи. Историческая судьба и будущее России. Статьи 1848–1954 годов. В 2 т. Т. 1. М., 1992. С. 203–204.

По мнению И.А. Ильина, «дух партийности разжигает своекорыстие классов и групп и тем искаляет и предает государственное дело ... затемняет у людей разум и правосознание, создавая атмосферу нетерпимости, разъединения и гражданской войны ... расшатывает у людей совесть и честь и незаметно ведет их на путь про дажности и уголовщины ... разворачивает народ и ведет государство к гибели, ... извращает все миросозерцание человека, подчиняя все партийной пользе и насаждая в душах неискоренимую пошлость»¹⁰.

Традиционной особенностью первого начального периода зарождения и развития российской государственно-правовой науки о партиях и парламентаризме является тесная связь с европейской наукой, наличие преемственности, общих истоков и влияния зарубежных идей на политico-правовую мысль России. Но данный период продолжался недолго, до октября 1917 г., после которого по идеологическим соображениям происходит резкий разрыв со сложившимися традициями взаимообогащения наук, взаимовлияния и на этой основе дальнейшего развития отечественной теории партий и парламентаризма. В советский период историографии на все зарубежные концепции навешивается идеологический ярлык «буржуазных», а то и антинаучных, так как они не были основаны на единственно верной марксистско-ленинской методологии.

В основу данной традиции было положено учение идеолога большевизма В.И. Ленина, внесшего значительный вклад в теорию политической партии. Параллельно с ним партийную проблематику разрабатывали российские социал-демократы Л. Мартов, Ю. Стеклов, Г.Е. Зиновьев и другие¹¹.

По мнению В.И. Ленина, «социал-демократическая партия есть единственная партия, которая выставляет ясную и точную программу, чтобы весь народ знал и видел ее, чтобы в партии могли быть только люди, действительно желающие бороться за освобождение от гнета буржуазии всего рабочего народа, притом люди, понимающие правильно, кому надо соединиться для такой борьбы и как надо вести борьбу»¹².

¹⁰ Ильин И.А. Яд партийности // Педагогическое наследие русского Зарубежья. 20-е годы. М., 1993. С. 36–38.

¹¹ Ленин В.И. Политические партии в России и задачи пролетариата // Полн. собр. соч. Т. 15; СПб., 1906.

¹² Ленин В.И. К деревенской бедноте // Маркс К., Энгельс Ф., Ленин В.И. О демократии. М., 1988. С. 391.

Разрабатывая учение о партии нового типа, В.И. Ленин прежде всего думал о пролетарской партии, которую он называл авангардом, передовым, сознательным организованным отрядом рабочего класса, воплощением связи с трудящимися массами, высшей формой организации рабочего класса, партией нового типа. Будучи одновременно и теоретиком, и практиком в области строительства партии, В.И. Ленин постоянно корректировал ее развитие, начиная с первых шагов идейного объединения русских социал-демократов и завершая практическими делами массовой партии, пришедшей к власти революционным путем и обеспечивающей идейное руководство всеми сферами жизни нового общества советского типа не только в пределах одного государства, но и в других странах.

Можно считать вполне традиционным для России инновационный ленинский проект партии нового типа, так как вожди этой партии (В.И. Ленин, Л.Д. Троцкий, И.В. Сталин и др.), следуя русской исторической логике, стремились к персонификации власти. Руководитель партии становился фактически главой государства, и его должность была несменяема, за редкими исключениями, что делало власть безграничной. В период монополии одной большевистской, затем коммунистической партии в советской правовой теории сложилась традиция идеологического усиления роли правящей партии и теоретического обоснования необходимости становления и дальнейшего развития однопартийной системы.

Советская юридическая наука подвергала критическому анализу буржуазные концепции политических партий и деятельность партий в зарубежных странах. К числу работ названного направления можно причислить монографии Фарукшина М.Х., Даниленко В.Н., Бекназар-Юзбашева Т.Б., Евдокимова В.Б., Марченко М.Н. и др.

Таким образом, в отечественной политико-правовой мысли сложились следующие правовые традиции в исследовании теории политических партий: **либеральная теория**, разработанная классиками государствоведения, чьи идеи и труды стали фундаментом современных концепций политических партий как институтов парламентаризма, **консервативная теория**, отрицающая партии как политический институт, которая используется и сегодня критиками данных общественных институтов и, наконец, **марксистская теория**, признающая создание партий на классо-

вой основе и отрицающая парламентскую форму деятельности партий или приникающая ее значение. Опираясь на имеющиеся традиции в исследовании партий, современная правовая наука придерживается принципа идеологического и методологического плюрализма, так как невозможно создать единую универсальную теорию партий. Важно, что ученые признают как факт такие общие базовые ценности, закрепленные в Конституции РФ и федеральном законодательстве, как политическое и идеологическое многообразие, многопартийность, служащие предпосылками существования партий.

*Н.Ю. Иванова**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ И ОГРАНИЧИТЕЛЬНЫЕ ЗАКОНЫ О ЕВРЕЯХ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ XIX В.

Российская правовая традиция – исторически сложившаяся и развивающаяся совокупность принципов построения правовой системы, выражаясь в нормах, правовых обычаях, ценностях и представлениях. Правовая традиция – это право в развитии, в его объективной и субъективной обусловленности, в особенностях применения и интерпретации. Она немыслима в отрыве от правового менталитета общества, от представления людей о должном и мере должного¹. Правовой менталитет общества, представления людей о должном и мере должного менялись с течением времени. Должное отношение к евреям в Российской империи определялось отношением православия к представителям другой религии – иудаизма. На протяжении многих веков нравственные ценности в

* **Иванова Н.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российской государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

¹ Пашенцев Д.А. Особенности российской правовой традиции // Современное правоведение: поиск методологических оснований. Жидковские чтения: Материалы Всероссийской научной конференции / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2011. С. 229–230.

российском правовом сознании неразрывно связаны или даже обусловлены религиозными идеалами, иудаизм же в законодательстве определялся, как лжеучение, переход в иудаизм рассматривался как уголовное преступление².

Постепенно устоявшиеся и утвердившиеся культурно-правовые традиции выступают в качестве средств социального регулирования юридически значимого поведения людей, влияющих в свою очередь на правосознание общества в целом и становящихся неотъемлемым элементом национальной правовой культуры³. Интересно, что по отношению к евреям Российской Империи, даже некоторые приверженцы идеи о неотъемлемых правах и свободах людей, придерживались иной точки зрения. «Так разно говорят про евреев, поэтому разно говорят и про то, что делать с ними: одни говорят, что надо облегчить тяжелое положение евреев, что надо дать им такие же права, какие имеют все остальные жители России, а другие наоборот, что их надо стеснить еще больше. Бывают и такие, которые говорят, что евреев надо выгнать из России, что их надо убивать»⁴.

Бытовало даже мнение, что никакие реформы, до конституции и даже республики, не устранит неприязненности отношений, так как причина такого характера отношений заключается в самых душах двух народов. Лучшим и даже единственным средством, навсегда капитально устранить это печальное явление признавалась «разлука двух народов» – полное выселение еврейского населения из Российской империи⁵.

Тем не менее, идеи о неотъемлемых правах и свободах людей, формирующие основную правовую идею в концепции естественного права, самым органичным образом перекликались с настроениями известной части российского общества, однако это абсолютно не соответствовало официальной государственной политике (естественное право, как идеально-правовая доктрина, было

² Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1866 года с дополнениями по 1 января 1876 г. / Сост. проф. Н.С Таганцевым. М.: тип. М. Стасюлевича, 1876. Ст. 936.

³ Скасырский И.В. Российская культурно-правовая традиция и ее институционализация в современных условиях. Дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2002. С. 46.

⁴ Евреи в России. Издание «Народное право» № 16. М., 1906. С. 3–4.

⁵ Хр. Пр...ко. Евреи!!! Издание «Русского Братства». Киев, 1906. С. 3–4.

запрещено к преподаванию в учебных заведениях, дабы не будоражить и без того взволнованное студенчество⁶), а политике в отношении евреев тем более.

Провозглашенный Екатериной II принцип веротерпимости не означал равенства правового положения различных конфессий, он обладал в России рядом специфических особенностей: предполагался неравный правовой статус для инославных и иноверных исповеданий, ранжирование конфессий на признанные терпимые; непризнанные, но терпимые; непризнанные и нетерпимые.

К концу XIX века правовое положение евреев в российском законодательстве было уникальным. В Своде законов 1899 года население империи делилось на три категории: природных обывателей (городское и сельское население), инородцев и иностранцев. Евреи были отнесены ко второй категории. Но даже среди нерусского населения страны, которое, согласно законодательству, делилось на два разряда, евреи занимали особое положение: права их регулировались особым образом, с изъятиями из общих законов, которые представлялись необходимыми по вере евреев, образу их жизни.

В законодательстве Российской империи находилось большое количество статей, которыми прямо или косвенно ограничивались права евреев, то с целью ограждения населения от вредного влияния их, то «ради пользы самих же евреев». Среди этих мер существовало ограничение оседлости евреев⁷, самый яркий пример ограничений. В России все, кроме евреев, имели право жить повсеместно; для евреев же была установлена особая черта оседлости, дальше которой они не имели права жить; для выезда из черты оседлости необходимо было особое разрешение⁸. Постоянное пребывание, на общих для российских подданных основаниях, позволялось евреям лишь в 15 губерниях черты оседлости. Но и эта территория была открыта не во всем объеме. В частности, существовал закон, воспрещавший евреям жительство в 50-верстной полосе от западной границы. Он был принят в 1825 г. с целью пресечения контрабанды, однако практического применения не имел

⁶ Ивановский Н. Право как предмет общего образования // Образование. 1895. № 7–8. С. 14.

⁷ Евреи в Южной России. Историческая справка. Киев, 1901. С. 22.

⁸ Евреи в России. М., 1906. С. 3.

ввиду явной невозможности выселить столь огромное количество людей. В 1858 г. он был отредактирован в том смысле, что евреям впредь запрещалась приписка и приобретение недвижимости на указанном пространстве. Однако следует отметить, что выселения происходили, о чем можно судить например, по жалобам в Правительствующий Сенат на неправомерные действия администрации. В описи за 1871 год имеется четырнадцать записей о поступлении в Сенат жалоб по делам евреев⁹, большинство просителей жаловались на распоряжения властей об удалении их за 50 – верстную от границы черту. Все исследованные дела имеют свои особенности, но объединяет их вынесенные Правительствующим Сенатом решения – все они оставлены без последствий¹⁰.

Были и обратные исключения. С начала царствования Александра II правительство постепенно расширяло права евреев, стремясь достичь их «слияния с коренным населением». Было признано полезным, в интересах государства и населения внутренних губерний, открыть туда возможно широкий доступ евреям, и право постоянного жительства вне черты оседлости получили следующие категории евреев: законом от 16 марта 1859 года¹¹ было разрешено селиться повсеместно купцам 1 гильдии; лицам, имеющим ученые степени доктора медицины и хирургии, или доктора медицины, а также дипломы кандидата, магистра и доктора по другим факультетам университета (закон от 27 ноября 1861 года)¹², как для занятия государственной службы, так и для торговой и промышленной деятельности, имея при себе членов своей семьи и известное число слуг и приказчиков из евреев; позже пределы этой категории были значительно расширены, так что в нее вошли все окончившие курс высших учебных заведений, аптекарские помощники, дантисты, фельдшеры и повивальные бабки, а также изучающие фармацию, фельдшерское и повивальное искусства (закон от 19 января 1879 года¹³); ремесленни-

⁹ См.: РГИА. Ф. 1341. Оп. 126. Л. 1–150.

¹⁰ См. напр.: Российский государственный исторический архив. Ф. 1341, Оп. 126, Д. 14; Ф. 1341, Оп. 126, Д. 36; Ф. 1341, Оп. 126, Д. 313 и др.

¹¹ Полное Собрание Законов Российской Империи. Собрание 2-е. Т. XXXIV. СПб., 1859. № 34248.

¹² Там же. 1861. № 37684.

¹³ Полное Собрание Законов Российской Империи. Собрание 2-е. Т. LIV. СПб., 1879–1880. № 59236.

кам (закон от 28 июня 1865 года¹⁴); лекарям (закон от 16 мая 1866 года¹⁵ и от 30 января 1867 года¹⁶); отставным и бессрочноотпускным нижним чинам (закон от 25 июня 1867 года¹⁷).

Эти дозволения в свою очередь также сопровождались немаловажными изъятиями. Например, в 1897 году право жительства в Москве и в Московской губернии было отобрано у лиц, перечисленных в законе от 19 января 1879 года. В Финляндии никто из евреев не имел права на постоянное жительство. В области же войска Донского (с 1880 года), в Кубанской и Терской областях (с 1892 года) водворение евреев-купцов, как и всех вообще евреев, кроме окончивших курс высших учебных заведений, вовсе воспрещалось¹⁸. Было даже разъяснено, что в область войска Донского, равно в Кубанскую и Терскую области, евреи не могут приезжать и для пользования минеральными водами¹⁹. Тот же порядок существовал и по отношению к Сибири: Зауралье становилось запретной территорией для уже проживавших в крае иудеев или для лиц, имевших право повсеместного жительства в пределах империи. Для любого еврея, оказавшегося за Уралом, грань между легальным и нелегальным становилась изначально условной, коль скоро сам факт их пребывания в регионе трактовался как нарушение правовых установлений²⁰.

Тем не менее, реформы Александра II значительно расширили права евреев Российской империи, хотя в литературе тенденции в области законодательства о евреях в последние годы его царствования оценивались двояко. Ю.И. Гессен считал, что в 1880 году была печально завершена «эпоха облегчений»²¹, иной точки зрения придерживался С.В. Познер²². По мнению исследо-

¹⁴ Там же. Т. XL. СПб., 1865. № 42079.

¹⁵ Там же. Т. XLI. СПб., 1866. № 43308.

¹⁶ Там же. Т. XLII. СПб., 1867. № 44195.

¹⁷ Там же. Т. XLII. СПб., 1867. № 44745.

¹⁸ См.: О праве жительства евреев. СПб., 1908. С. 8–9.

¹⁹ Гессен Ю.И. О жизни евреев в России. Записка в Государственную Думу. СПб., 1906. С. 21.

²⁰ Рабинович В.Ю. Евреи и иркутское общество (конец XIX – начало XX вв.) // Нетерпимость в России: старые и новые фобии. М., 1999. С. 22–23.

²¹ Гессен Ю.И. Закон и жизнь. Как созидались ограничительные законы о жительстве евреев в России. СПб., 1911. С. 151.

²² Познер С.В. Евреи в общей школе. (К истории законодательства и правительственный политики в области еврейского вопроса). СПб., 1914. С. 46–47.

вателя В.Р. Нахмановича, оба автора весьма уязвимы для критики²³. Не вызывает сомнений, однако, тот факт, что после занятия престола императором Александром III положение евреев вновь сильно ухудшилось. Способствовали этому Временные правила 3 мая 1882 года, запретившие евреям селиться вновь вне городов и местечек, даже и в пределах известных 15 губерний, циркуляры министра народного просвещения 1886–1887 гг. об ограничении приема евреев в университеты и в средние учебные заведения²⁴ и другие принятые меры, которые допускали расширенное толкование, что и было использовано многими правительственные чиновниками. Как отметил в своих воспоминаниях С.Ю. Витте, Сенат начал давать по еврейским законам такие толкования, которые никоим образом из законов не следовали²⁵. Это вытекало из традиции ограничения прав евреев, установленной властью и установившейся в умах многих обывателей, из представления о должном к ним отношении.

Несомненно, что просчеты в религиозной (вероисповедной) политике имперских властей во многом способствовали революционным взрывам XX века²⁶. На современном этапе важнейшей задачей развития российского гражданского общества является его консолидация, укрепление и оптимизация социальных, культурных, экономических связей, которые существуют между различными этническими и конфессиональными группами населения Российской Федерации. Для того чтобы решить эти сложнейшие задачи, необходимо изучение богатого исторического опыта Российской империи, причем как позитивного, так и негативного.

²³ Нахманович В.Р. Еврейская политика царского правительства в 1870-х годах. Деятельность комиссии по устройству быта евреев. М., 1996. С. 5.

²⁴ См.: Георгиевский А.И. Доклад члена Комиссии по вопросу о мерах относительно образования евреев. СПб., 1889. С. 201–242; Центральный государственный исторический архив Санкт-Петербурга (ЦГИА СПб). Ф. 184. Оп. 8 Д. 10 (О процентной норме приема евреев в институт гражданских инженеров); ЦГИА СПб. Ф. 14. Оп. 1 Д. 8844 (О процентной норме приема евреев в технологический институт).

²⁵ Витте С.Ю. Воспоминания. Т. 2. М., 1960. С. 221.

²⁶ Романовская Л.В. Иноверцы в Российской Империи: историко-правовое исследование. Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. Н. Новгород, 2006. С. 3.

C.P. Чеджемов*

Ф.И. ЛЕОНТОВИЧ ОБ АДАТАХ КАВКАЗСКИХ ГОРЦЕВ

Ко времени присоединения к России – конец XVIII века – у кавказских народов юга России отчетливо проявляется тенденция описанная Н.К. Ренненкампфом: «В государствах, где нет кодексов, или где законодательное право слишком не полно, обычное право может действовать самостоятельно, т.е. оно устанавливает новые правила, пополняет, толкует и даже отменяет, или, по крайней мере, ослабляет действие закона»¹. В этих условиях подтверждается концепция исторического анализа профессора Г.И. Муромцева, и dualizm права и государства обуславливает известную размытость границ между правовой политикой и иными разновидностями политики, осуществляющейся в правовой форме. При этом нормы права могут одновременно, воздействуя на общественные отношения, упорядочивать систему и структуру самого права². Анализируя обычное право кавказских народов, нельзя обойти вниманием творческое наследие видного российского ученого Фёдора Ивановича Леонтovicha (1833–1911).

Выдающийся представитель российской интеллигенции он окончил юридический факультет Киевского университета с отличием и занялся научно-исследовательской деятельностью. В историю учений о праве и государстве он вошел как умелый организатор высшего юридического образования в качестве ректора Новороссийского университета (находившегося в г. Одессе) 1869–1877 годов. Заложенные им традиции подготовки юридических кадров сделали вуз одним из самых притягательных для молодой кавказской интеллигенции.

* Чеджемов С.Р. – доктор педагогических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права, профессор кафедры педагогики и психологии Северо-Осетинского государственного университета имени К.Л. Хетагурова.

¹ Ренненкампф. Юридическая энциклопедия. СПб; Киев, 1889. С. 63.

² Муромцев Г.Н. Правовая политика: специфика понятия и ее преломление в постсоветской России // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. М., 2006. С. 4–7.

Опубликованные им в начале 80-х годов XIX века в виде двухтомника (или, как значится в оригинале, 2 выпусков) материалов по обычному праву Северного и Восточного Кавказа под общим названием «Адаты кавказских горцев» явились поистине энциклопедическим изданием. Этот труд позволил с большой долей убедительности говорить о характере правовых взаимоотношений в осетинском обществе и в целом о системе обычного права горских народов Кавказа. Это были материалы, собранные известными исследователями жизни и быта кавказских народов в середине XIX века, многие из которых ни до, ни после Ф.И. Леонтovichа не издавались, да и за редким исключением не анализировались историко-правовом контексте.

Данное оценочное высказывание в полной мере относится к истории обычного права осетин. В работе Леонтovichа помещены: «Адаты осетин 1836 года», «Сведения об адате и суде осетин 1844 года», «Древние обряды дигорского общества 1844 года», «Выписка о правах и обычаях жителей Владикавказского округа 1849 года», «Описание вредных народных обычаев, существовавших в туземных племенах военно-осетинского округа 1856 года», «Циркуляр начальника Осетинского округа, полковника Муссы Кундухова, относительно кровной мести и некоторых других вредных обычаев».

Составленные в начале 40-х годов XIX века адаты осетин (по-осетински *Arday*) были обнародованы и одобрены старейшинами осетинских селений на специальном всеосетинском собрании старейшин. Это событие датируется 1836 годом. Они в целом отражали систему осетинского обычного права, сложившуюся в обществе к концу XVIII века, когда Осетия была присоединена к России. Очевидно, что и до этого времени, как и позже, на протяжении 40-х годов XIX века, работа по составлению и редактированию адатов продолжалась, о чем красноречиво свидетельствуют материалы предисловия Ф.И. Леонтovichа к Адатам кавказских горцев³.

Характеризуя социальную структуру осетинских обществ, Леонтovich отмечал отсутствие четко выраженного привилегированного и зависимого слоя, ибо «каждый, способный носить оружие, считает себя независимым. Убийства между ними бывают

³ Адаты кавказских горцев. Одесса, 1886.

весьма часто, и наказываются одним убийством со стороны родственников убитого»⁴.

В адатах утверждалось, что право мстить за убитого есть священный долг родственников убитого по отношению к убийце и его родственникам. Не исполнившие этот долг подвергались жесточайшему бесчестию и всевозможным обидам со стороны своих соплеменников. Вместе с тем, как явствует из содержания адатов, к началу XIX века уже сложился и широко применялся механизм суда над убийцей и примирения родов, что в значительной мере ограничивало кровную месть, однако не делало ее индивидуальной по отношению к убийце. «Слепое» возмездие по-прежнему падало на весь его род.

Весьма показательно, что в адатах нашла отражение система наказаний за различные категории преступлений. Это свидетельствует о более высокой стадии обычного права, характеризующейся классификацией как самих преступлений, так и полагающихся за их совершение наказаний. Нормотворчество осетинского общества тех лет не знало юридических обобщений, в том числе такого понятия, как мера пресечения. Поэтому цель наказания определялась как возмездие за преступление. Фактически действовал принцип талиона, основанный на адекватном возмездии и даже в большей мере причинения вреда, чем было нанесено. Меры наказаний за различного рода преступления без их детальной классификации содержались в адатах в ст. ст. 109–122.

Адаты распространялись на следующие виды преступлений: 1) убийство, 2) нанесениеувечий, 3) насилие, 4) оскорблениеженщин и девушек, 5) кража, 6) грабеж, 7) ложное донесение, 8) лжесвидетельство, 9) оскорблениеприезжего гостя.

Весьма примечательным является отражение в адатах вопросов, которые можно отнести к процессуальному праву. Ст. ст. 69–84 описывали суд и процесс по адату. К суду обращались в случае, если истец и ответчик желали решить проблему в соответствии с адатом. Сам судебный процесс заседания проходил следующим образом: обе стороны садились по разные стороны на таком расстоянии, чтобы их разговоры не были слышны другой стороне. Для судебного обращения стороны избирали посредников. В зависимости от

⁴ Леонтович Ф И. Адаты осетин. Одесса, 1883.

сложности дела количество их колебалось от 1 до 5. Когда стороны приходили к общему мнению, то приступали к выбору судей. По обычаю, сторона истца выбирала на одного члена суда больше, чем сторона ответчика. Количество судей даже при разрешении таких важных дел, как убийство, не превышало 9 человек.

Каждая из сторон имела право не согласиться с предложением той или иной кандидатуры в качестве судьи. В этом случае предлагалась новая кандидатура, и так было до того времени, пока состав суда не был полностью сформирован. После этого суд приступал к работе, т.е. он фактически оглашал уже заранее принятое решение посредников. Не называя точного размера штрафа, суд требовал предоставить поручителей. В отличие от адатов других северокавказских народов, например, чеченцев, адат осетин требовал, чтобы ответчик заплатил представителям сторон специальную плату. При решении вопроса о смертоубийстве уплачивалось максимальное количество – одна корова каждой стороне.

Во избежание отказа со стороны поручителей от своих обязанностей суд избирал со стороны истца и со стороны ответчика по одному свидетелю. Деятельность их у осетин также была оплачиваемой. После того, как ответчик почти полностью рассчитывался с истцом, первый, согласно ст. 77, был обязан устроить угощение всем судьям, стороне истца и всем тем, кто участвовал в судебном разбирательстве. Выплаты по решению суда растягивались на неопределенное количество лет. Они фактически могли пережить ответчика и в таком случае переходили по наследству от отца к сыну, а в случае бездетности его то к брату покойного.

Предусматривалась возможность начисления пени по истечении года, в течение которого не была уплачена определенная часть долга. Статья 82 устанавливала, что при рассмотрении дел о наследстве в суде собирались лишь одни родственники. Статья 83 предусматривала возможность применения духовного суда и присяги. Они использовались в тех случаях, когда не было веских доказательств, а обвинение основывалось только на подозрениях.

Судебные дела разбирались на ныхасе. Судебные решения подлежали официальному оглашению, а исполнение было строго обязательно для всех. Ф.И. Леонтовичу одному из первых удалось выявить основной элемент осетинского судопроизводства – присягу. Так же как и в российском праве, она рассматривалась в каче-

стве доказательства и вместе с тем была для обвиняемого элементом защиты. Если обвиняемый отрицал свою вину, суд непременно выносил решение о самооправдании присягой. Сила присяги была исключительно велика. Она принималась в крайне редких случаях, к тому же именем наиболее почитаемого в данной местности святого или прахом покойника-родственника.

Присяга назначалась судом, главным образом, в делах о краже с целью обнаружения преступника или опровержения подозрений. Частым явлением у горцев были земельные споры (конфликты из-за границ, нарушенных межей, присвоения целых участков и т.д.). Для их разрешения суды также назначали присягу. Присягавшие по обычаю должны были набрать в полы своей одежды землю из спорного участка и произнести клятву в священном месте в том, что правильно указывают настоящую границу своего участка. Такая же присяга принималась при земельных спорах у балкарцев.

Присяга должна была обязательно подкрепляться поручительством со стороны родственников, без чего она не признавалась в качестве судебного доказательства и свидетельства со стороны ответчика. Неисполнение приговора суда, нарушение присяги влекли за собой изгнание нарушителя из общины. Судебная присяга у осетин была схожей с судебными присягами не только кавказских народов, но и восточных славян⁵.

Судебные разбирательства для каждого отдельного осетинского общества происходили в определенных местах; как правило, около святилищ. Например, известный во всей Осетии Дагомский суд заседал на небольшой площадке около святилища «Мадизан». Этот суд состоял из посредников-медиаторов. Для пересмотра своих дел сюда обращались жители различных мест Осетии.

Основной функцией осетинского суда являлось третейское разбирательство дел, т.е. посредничество между враждовавшими сторонами, примирение кровников, установление размеров компенсации за причиненный ущерб и иные вопросы казуального характера. Отдельные элементы понимания осетинами обычного права прослеживаются в виде народных песен, в которых торжествует закон и справедливость.

⁵ Владимирский-Буданов В.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону, 1996.

Примечательно, что одним из следствий российской судебной реформы явилось упразднение народных судов в Осетии. В 1871 году на осетин было распространено действие Судебного устава императора Александра II, согласно которому были уничтожено устное судопроизводство. В городах за общеуголовные преступления и по гражданским искам осетины стали подсудны общим судам, в том числе и мировым.

В это же время в селах Осетии были образованы сельские суды, действовавшие на основании норм обычного права и особого Положения об аульных обществах. Данное «Положение...» предполагало создание сельских судов по следующему принципу: сельский сход избирал 7 судей не моложе 35 лет; его ведению подлежали все жители села кроме тех, кто принадлежал к привилегированным сословиям и пользовался особыми правами. В компетенцию суда входили такие вопросы, как тяжбы между жителями, нарушения общественного приличия, умышленная запашка чужого поля, порча заборов, изгородей и т.п.

Круг рассматриваемых сельским судом вопросов в значительной степени был обусловлен потребностями общества и его социально-экономическим развитием. Так, например, разбирались тяжбы и споры по займам, покупкам, продажам, всякого рода торговым и денежным сделкам, завещаниям, дарениям и т.д.

Сельский суд разрешал и такие вопросы, как проступки против личной безопасности односельчан, порча воды в реках, канавах, колодцах, изувечение скота, кражи, мошенничество. В качестве санкций сельский суд применял: денежные штрафы на сумму не более 6 рублей, принудительные работы, арест на срок не более 8 дней. Тяжкие преступления и дела лиц, уже трижды судимых сельским судом, должны были направляться на разбор мировым судьям. В период с 1871 по 1897 год в Осетии был только один мировой судья, юрисдикция которого распространялась на 100 тысяч человек, из которых больше половины находились в недоступных горных ущельях. В 1897 году был учрежден еще один судебный участок в городе Владикавказе.

Согласно традиции, в качестве высшей меры наказания предки осетин – скифы, сарматы, аланы – применяли смертную казнь. Так, по преданию, скифский царь Скил был казнен за поклонение греческим богам. К сожалению, до нас не дошли источники, по-

зволяющие с определенной долей убедительности утверждать как о самом факте, так и об области применения смертной казни. Имеющиеся устные предания, запечатленные в памятниках обычного права осетин, весьма разноречивы. В целом нам представляется, что, согласно обычному праву осетин, применение смертной казни относилось лишь к юрисдикции «божественного пророчества». Его самой распространенной формой являлось гипотетическое проклятие, поэтизированное К.Л. Хетагуровым: «Судьи народные, падая шумно, Пусть вас скроют обвал под собой». Как видим, исполнение данного вида наказания возлагается на силы природы, которые как считалось, подчинялись Богу.

Широко применявшаяся в Осетии кровная месть, или, говоря словами общественно-политической лексики XVIII–XIX веков, «кровомщени», в этот период является ничем иным, как обезличенным выражением применения смертной казни со стороны общества. Правда, никаких ограничений по половому признаку в праве мстить за убитого в обычном праве осетин не зафиксировано. Это были случаи, когда женщина мстила соразмерно с принципом талиона, что нашло свое отражение в устном народном творчестве осетин, например в поэме о Гуймане, сыне Уахатага⁶. В новой истории Осетии родственники убитого почти всегда ходатайствовали о примирении. Процедура примирения целиком и полностью покоятся на обычаях архаичного общества, живущего по обычаям родоплеменных отношений.

Истцы и ответчики выбирали из своей среды по несколько представителей медиаторов. Обычай требовал, чтобы со стороны истца было на одного медиатора больше. Образовавшийся таким образом совет играл судейскую роль в дальнейшем процессе примирения родов. В своих решениях он основывался не только на обычаях народа, но и на современных представлениях о преступлении и наказании. Это находит свое отражение в определении суммы платежа и специального подарка, который делали ответчики представителям истца. Решение медиаторов было устным и гласным в той части, в которой определялась сама идея примирения за счет соответствующего платежа. Однако остальная процедура, согласно традиции, оставалась в глубокой тайне.

⁶ Антология педагогической мысли Северной Осетии / Сост. Э.К. Каргиев, С.Р. Чеджемов. Владикавказ, 1993. С. 22–24.

Подытоживая сказанное, хочется отметить, что политико-правовое наследие применительно к истории государства и права народов Кавказа все еще ждет своего скрупулезного исследования, и, возможно, не одного

*Д.Я. Гайлите**

ЖУРНАЛ «ЗАКОН И СУД» – ПРОДОЛЖАТЕЛЬ РОССИЙСКИХ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ В ЭМИГРАЦИИ

Журнал «Закон и суд» выходил в Латвии, Риге, с 1929 по 1938 год. Всего за девять лет вышло 90 номеров журнала, по десять выпусков в год. Издателем журнала являлось Русское юридическое общество¹, зарегистрированное 27 марта 1929 года одновременно с журналом. Поэтому и полное название журнала, указанное на его обложке, гласит: «Вестник Русского юридического общества “Закон и суд”».

Русское юридическое общество стало третьим по счету юридическим обществом (после немецкого и еврейского), созданным в Латвийском государстве, основанном в 1918 году. Однако члены Русского юридического общества объединились не по национальному принципу, а из желания поддерживать российские традиции права; члены общества, как они сами указывали, являлись юристами «русской школы»²: получив образование в высших учебных заведениях России, они работали в российской системе юстиции, кроме того, немалая часть членов общества в Российской империи имела значительные академические и профессиональные достиже-

* Гайлите Д.Я. – магистр юридических наук, докторант юридического факультета Латвийского Университета.

¹ Подробнее о создании журнала и общества – в последнем номере журнала: Закрытие журнала «Законъ и Судъ» // Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4140–4142.

² Подробнее о создании журнала и общества – в последнем номере журнала: Закрытие журнала «Законъ и Судъ» // Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4144.

ния. Ядро Русского юридического общества в основном составляли юристы, эмигрировавшие из России, однако в общество вступали и юристы, постоянно проживавшие в Риге еще до крушения империи.

Как указано в учредительных документах журнала и Русского юридического общества, инициативная группа русских юристов (обращение подписали П.Н. Якоби, И.А. Форгач, И.Л. Балинский) в Риге в 1929 году считала, что, подобно тому, как после падения Римской империи произошло широкое заимствование римского права, после крушения Российской империи также наблюдается процесс, в рамках которого происходит обширная рецепция «Русского права»: «Российское лихолетие, приостановившее временно развитие Русского права на его родине, сделало то, что оно стало преемственно, в силу исторически сложившихся причин разрабатываться в целом ряде вновь образовавшихся, т.н. лимитрофных, государств». ³ По этой причине инициативная группа пришла к убеждению о «своевременности и целесообразности издания по-временному Русского Юридического Журнала по типу издававшегося в С.-Петербурге “Права”».⁴

В первом номере журнала один из его редакторов, О.О. Грузенберг, писал: «Нет, конечно, национальной физики или химии, но юриспруденция, при всем своем интернационализме, носит всегда явственный отпечаток сотворившей ее культуры».⁵

По этой причине юристы, представляющие русскую школу, обязаны помочь государствам, которые по-прежнему пользуются русским правом: «На пространстве трех государств – Латвии, Эстонии и Литвы, – а частью в четвертом – Польше, – действует русское право, применяются, изо дня в день, русские уголовные и гражданские законы, как материальные, так и процессуальные. Работать над разъяснением их истинного смысла, над их дальнейшим развитием и приспособлением к местным условиям не значит ли служить, вместе с тем, и миллионам латышей, эстонцев, литовцев и поляков, среди которых мы живём»⁶.

³ Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4139.

⁴ Там же.

⁵ Грузенберг О. Из юридического дневника // Законъ и Судъ. 1929. № 1. С. 1

⁶ Там же. С. 1–2

Здесь необходимо пояснить, что в новом Латвийском государстве (а также, подобным образом, и в других странах Балтии) на начальном этапе, а в некоторых отраслях права – и на протяжении всего межвоенного периода оставались в силе нормативные акты России. Так, например, закон от 1919 года в Латвии предусматривал, что российские нормативные акты действительны «в той мере, в какой они не противоречат государственному устройству Латвии»⁷.

Несомненно, что авторы журнала приложили большие усилия к анализу правовой системы стран Балтии. Однако еще более важной кажется цель, которая на страницах издания ясно просматривается уже с самого начала, а именно: способствовать сохранению традиций российского права, чтобы в том случае, если Российское государство будет восстановлено (а издатели в это верили), накопленные в журнале знания можно было использовать для реставрации правовой системы. С 1934 года такая цель регулярно провозглашалась в обращениях редакции к читателям, и эта же цель упомянута в заключении последнего номера от 1938 года: «При смене действующего в СССР бесправного режима, с переходом к принципам правового государства, русский законодатель найдет ценный материал в этом единственном за рубежом хранилище русской юридической традиции»⁸.

Данная цитата является яркой иллюстрацией не только целей издателей журнала, но и общего политического настроя, который, несомненно, был демократическим и антибольшевистским; юристы, создававшие журнал, в свое время поддерживали демократические изменения 1917 года в России, и некоторые лично (например, знаменитый петербургский адвокат О.О. Груzenберг) участвовали в подготовке законодательных реформ Временного правительства⁹.

Сотрудники журнала одновременно поддерживали и независимость новых государств, образовавшихся на руинах Российской империи, в том числе путем участия в функционировании систем

⁷ Свод законов (Likumu krājums). 1919. С. 154

⁸ Закрытие журнала «Законъ и Судъ» // Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4144.

⁹ Лазаренко А. Проект 1917 года о суде присяжных // Законъ и Судъ. 1930. № 7, столб. 235–242.

юстиции: они работали в высших учебных заведениях (в Латвийском университете – проф. В.И. Синайский, проф. В.И. Буковский, проф. П.М. Минц. приват-доцент А.Н. Круглевский, в Тартуском университете – проф. И.М. Тютрюмов), в законотворчестве (П.Н. Якоби, В.И. Буковский, П.М. Минц), в работе судебной системы (члены Сената В.И. Буковский, А.Ф. Лебер). Уважения заслуживает то, что создатели журнала сохранили свою демократическую позицию даже в конце 30-х годов, когда во всей Европе получили развитие тенденции авторитаризма, и в трех странах Балтии сформировались авторитарные режимы.

В 1929 году при создании журнала «Закон и Суд» в состав редакции издания были избраны¹⁰: О.О. Груценберг (1865–1940), в прошлом – петербургский адвокат¹¹; П.М. Минц (1868–1941) – выпускник (золотой медалист) Петербургского университета, приват-доцент Московского и Тартуского университетов, присяжный адвокат в Риге, профессор Латвийского Университета¹²; И.С. Шабловский (1873–1934) – выпускник Московского университета, присяжный адвокат, в 1917 году – верховный прокурор по военно-морским делам Временного правительства в Петрограде, с 1919 года – латвийский присяжный адвокат¹³; П.Н. Якоби (1876–1941) – сын сенатора Российского Сената, выпускник Императорского училища правоведения, бывший начальник уголовного отдела Министерства юстиции, на момент основания журнала – член Юридического консультационного совета Министерства юстиции Латвии¹⁴; В.О. Симанович (1879–1941) – выпускник Петербург-

¹⁰ Закрытіе журнала «Законъ и Судъ» // Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4141.

¹¹ Абызов Ю. Латвийская ветвь российской эмиграции // Блоковский сборник XIII. Русская культура XX века: метрополия и диаспора. Тартуский университет, 1996

¹² Latvijas advokatūra 1919–1945. Biogrāfiska vārdnīca. Sast. Jēkabsons Ē., Šcerbinskis V. Rīga, Latvijas valsts vēstures arhīvs, 2007, 358–359 lpp. (Латвийская адвокатура 1919–1945. Биографический справочник. Сост.: Екабсонс Э., Щербинскис В. Рига: Латвийский государственный исторический архив. 2007. С. 358–359)

¹³ Там же. С. 471.

¹⁴ Lēbers D.A. Ievadvārdi faksimilizdevumam // Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества, 1929–1938. Rīga: 2000. 1. sēj., VII lpp. (Лебер Д.А. Вступительное слово к факсимильному изданию // Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества, 1929–1938. Рига: 2000, Т. I, стр. VII; Абызов Ю. Лат-

ского университета, в прошлом – петербургский адвокат, на момент основания журнала – присяжный адвокат в Латвии¹⁵. С 1934 года в составе редакции работал А.И. Каминка (примерно 1865–1941) – в прошлом профессор Петербургского университета, инициатор журнала «Право», с 30-х годов живший в Риге¹⁶. С 1934 по 1938 год ответственным редактором журнала был И.А. Форгач (1885–1978) – в прошлом работавший в органах Петроградского военного округа, после войны – присяжный адвокат в Риге¹⁷.

В последнем номере журнала «Законъ и Судъ» его создатели собственноручно подвели итог девятилетнего труда: в общей сложности в 90 номерах журнала опубликовано 395 статей, а также выпуски законодательной летописи, хроники и письма читателей. Статьи были поданы 75 сотрудниками, 18 из которых – профессора.

Это были юристы, которых объединяли образование и опыт работы, приобретенные в России, – юристы «русской школы». Карта, которую можно было бы начертить по местам жительства сотрудников журнала (Латвия, Эстония, Литва, Польша, Франция, Германия, Югославия, США и др.), достаточно точно отражает пути перемещения по миру юристов, эмигрировавших из России.

В журнале публиковались статьи, касающиеся всех областей права, а также информативные статьи и хроники. В содержании журнала можно условно выделить несколько разделов.

Философия права и теоретический анализ права. Статьи посвященные философии права, социологии права, руководящим принципам судебной организации и осуществления правосудия, а также другим подобным темам. Пример – статья проф. С.А. Беляц

вийская ветвь российской эмиграции // Блоковский сборник XIII. Русская культура XX века: метрополия и диаспора. Тарту: Тартуский университет, 1996

¹⁵ Латвийская адвокатура 1919–1945. Биографический справочник. Сост.: Екабсонс Э., Щербинскис В. Рига: Латвийский государственный исторический архив, 2007. С. 358–359.

¹⁶ Закрытие журнала «Законъ и Судъ» // Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4141; Лебер Д.А. Вступительное слово к факсимильному изданию // Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества, 1929–1938. Рига: 2000. Т. I, стр. IX.

¹⁷ Латвийская адвокатура 1919–1945. Биографический справочник. Сост.: Екабсонс Э., Щербинскис В. Рига: Латвийский государственный исторический архив, 2007. С. 186–187.

кина «Проблемы суда»¹⁸; статьи профессора С.В. Завадского «Заметки о прокуратуре»¹⁹ и «Еще раз о независимости и равенстве судей»²⁰, статья проф. Н.С. Тимашева «Кризис марксистской теории права»²¹.

История российского права. Статьи о вопросах истории российского права – как о значительных сводах законов, так и о недавнем на тот момент прошлом, в том числе об участии юристов в реформах юстиции Временного правительства в феврале 1917 года. Пример – статья проф. С. Гогеля «Возродятся ли судебные уставы в будущей России»²² и статья М. Лазерсона «О наследии русской философии права»²³.

Рецепция традиций российского права. Основатели журнала проводили параллель между правовыми наследиями, оставленными после падения Римской и Российской империй, и выражали надежду, что по этой аналогии российская правовая традиция будет продолжать существование и после гибели самого государства. Пример – статья проф. И.М. Тютрюмова «Рецепция русского права в Эстонии и Латвии»²⁴.

Анализ советского права. Хотя, по мнению создателей журнала, в советском государстве воцарился бесправный режим, журнал не игнорировал, но анализировал советское право, обращая внимание на общие принципы, а также отдельные институты и новые законы. Пример – статья проф. А.В. Маклецова «Брак и семья в Советской России»²⁵, статья проф. Н.С. Тимашева «Новый проект уголовного кодекса для СССР»²⁶.

Обзор права (законов и практики) различных государств. Обзоры латвийского законодательного процесса, а также статьи о решениях латвийских судов. Процессы, происходящие в системах юстиции Литвы и Эстонии. Пример – статья проф. В.И. Синайско-

¹⁸ Закон и Суд. 1929. № 2. столб. 43; Закон и Суд. 1929. № 8. столб. 269; Закон и Суд. 1929. № 9, столб. 299.

¹⁹ Закон и Суд. 1929. № 3, столб. 85

²⁰ Закон и Суд. 1929. № 5, столб. 155

²¹ Законъ и Судъ. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4081

²² Закон и Суд. 1929. № 2, столб. 49

²³ Закон и Суд. 1929. № 1, столб. 6

²⁴ Закон и Суд. 1929. № 2, столб. 39.

²⁵ Законъ и Судъ. 1938. № 3 (83), столб. 3917.

²⁶ Закон и Суд. 1938. № 8–10 (88–90), столб. 4112.

ва «Справедливость, в частности правовая (Латвийское Гражданское Уложение)»²⁷, статья П.Н. Якоби «Основные черты новой Эстонской конституции», обзор В. Фридштейна «Новая конституция Литовской Республики»²⁸.

Международное право. Пример – статья проф. П. Минца «Уголовная охрана мира и международный уголовный суд»²⁹, в которой он в преддверии Второй мировой войны анализирует старания ограничить международный терроризм и ведение агрессивных войн.

Проблемы российских граждан в эмиграции. Статьи посвященные правовому положению эмигрантов, затрагивающим эмигрантов законам и судебной практике различных стран, вопросы пенсий и имущества. Пример – статья проф. Л. Таубера «Русское имущество за границей»³⁰.

Выдающиеся российские юристы. Воспоминания о выдающихся юристах России, статьи по случаю значительных юбилеев, а также некрологи.

Российские юристы в эмиграции. Сообщения из разных стран об общественной деятельности российских юристов в эмиграции, а также проблемах трудоустройства. Пример – статья проф. М.П. Чубинского «Русские юристы в Югославии»³¹.

К сожалению, журнал «Закон и суд» прекратили выпускать в 1938 году, когда в Латвии, в которой тогда действовал авторитарный режим Карлиса Улманиса, в правовой системе пропагандировалась необходимость создания национального, латвийского, права. В таком контексте Министерство юстиции и Министерство общественных отношений считали нежелательным продолжать выпуск журнала «Закон и суд», так как: «Упомянутое издание не соответствует духу и цели новейшего законодательства нашего государства, так как оно по-прежнему погружено в практику и теорию юриспруденции бывшей России»³².

²⁷ Там же. 1938. № 2 (82), столб. 3881, № 3 (83), столб. 3925.

²⁸ Там же. 1938. № 85, столб. 3993. № 86, столб. 4033, № 87, столб. 4061.

²⁹ Закон и Суд. 1938. № 1 (81), столб. 3845.

³⁰ Закон и Суд. 1929. № 8, столб. 273.

³¹ Закон и Суд. 1929. № 6, столб. 197.

³² Лебер Д.А. Вступительное слово к факсимильному изданию // Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества, 1929–1938. Рига: 2000. Т. I. С. IX–XII.

Журнал «Закон и Суд» (1929–1938) был единственным периодическим изданием юридического содержания на русском языке, выходившим за пределами СССР, и поэтому является ценным материалом для истории российского права и памятником русской юридической культуры. Перед исследователями журнала открывается весьма объемный пласт неизученных, забытых и ценных материалов.

С.О. Шаляпин*

ПОКАЯННАЯ ТРАДИЦИЯ В РОССИЙСКОЙ ПЕНИТЕНЦИАРНОЙ ДОКТРИНЕ И ПРАКТИКЕ XV–XVIII ВВ.

Традиционно средневековое правосудие, как и система наказаний, «рисуется как мстительное и варварское в противовес более рациональному и гуманному подходу современного правосудия»¹.

При этом современные исследователи зачастую не находят убедительного объяснения многим особенностям средневекового права, что позволяет сделать вывод о его примитивности. Это заблуждение рассеивается, как только мы проясняем религиозно-доктринальные основания взгляда древнего законодателя и право-применителя на тот или иной правовой институт, в том числе и на институт наказания.

Как считал В.А. Рогов, реконструировавший русскую карательную доктрину допетровской эпохи, целью тюремного заключения преступника в средневековую эпоху (если речь не шла о профессиональном преступнике) являлось его исправление. Время пребывания в заточении рассматривалось как время осознания греховности содеянного и искреннего раскаяния². Совершенно не

* Шаляпин С.О. – кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Северного (Арктического) федерального университета имени М.В.Ломоносова. (г. Архангельск).

¹ Зер X. Восстановительное правосудие. Новый взгляд на преступление и наказание. М.: Центр «Судебно-правовая реформа», 1998. С. 126.

² Рогов В.А. Тюрьмы и лишение свободы в средневековой России (конец XV – середина XVII вв.) // Вопросы истории органов борьбы с преступностью. М.: ВЮЗИ, 1987. С. 30.

случает в этой связи тот факт, что наказание в форме тюремного заключения появилось на Руси изначально как мера церковной дисциплины, и лишь позже было заимствовано светской правовой практикой.

Российский средневековый законодатель искал основания для трансформации и расширения пенитенциарной практики в канонической юридической традиции и опыте Византии, рассматривая их как фундамент, определяющий константные параметры и философию наказания. Современными исследователями безусловно признается, что Святое писание для средневекового мировоззрения являлось источником культуры универсального правопорядка, а равно источником некоторых символических карательных санкций³.

Большую роль в становлении пенитенциарной доктрины средневековой Руси сыграли отдельные нормы Кормчей книги и правила Василия Великого, составившие целую систему покаянно-исправительных мер в отношении кающихся грешников, покаяние которых зачастую предполагалось проводить в изоляции от мира – в монастыре или при епископском доме.

Если в Киевской Руси государство практически не пользовалось лишением свободы как средством наказания преступников, то исполнение церковных наказаний за тяжкие грехи и нарушение церковной дисциплины постепенно из приходского храма перемещалось в монастырь, копируя византийскую практику, и создавая принципиально новое для людей той эпохи представление о наказании. Последнее воспринималось теперь не только как мера страдания, но и как форма искупления, душевного раскаяния, которое, в свою очередь, могло быть условием возвращения к обычной жизни преступника, очистившегося от греха.

С точки зрения раннехристианской догматики, вполне вошедшей в средневековое российское правопонимание, монастырь представлялся учреждением, максимально приближенным к иному миру, стоящим на грани мира живых с миром потусторонних сил, а потому как нельзя более подходящим для символической смерти грешника в темнице. В темницу попадали лица, не достойные оставаться в обществе законопослушных граждан.

³ Владимиров Г.В. О смысле одного средневекового наказания // Государство и право. 2002. № 2. С. 91.

Характерно, что заточение в монастырь изначально воспринималось как мера, следовавшая за изгнанием преступника из общины и из общества в целом: «кого, колодника, вора Ивашку, выбити вон из земли, выслать из волости, посадить в монастыре в подвал...»⁴.

Перемещение преступника из гречного мира, отвернувшегося от него, в маргинальный мир монастыря уже было важным, но не единственным символическим шагом. Широко известно, что в самом монастыре размещение ссыльного традиционно производилось в церковном подклете, в заглубленном в землю помещении, а чаще – в хлебне или поварне, где на осужденного налагались меры «смирения» в форме выполнения черной работы на монастырской поварне или хлебне: «держать его ... в чепи и мука ему сиять и за монастырь не выпускать»⁵, «велели его в хлебне сковать в железа, и велели бы ему на братью сеяти мука и из печи выгребать пепел и всякую монастырскую черную работу работать»⁶.

Символика страдания и искупления, наряду с символикой смерти грешника, образует важнейшую константу средневековой пенитенциарной доктрины. Слезы покаяния, бывшие наиболее весомой ценностью на Страшном суде, должны были появиться у осужденного в результате перенесенных им искупительных страданий. Безмолвие и погруженность в созерцание собственного греха – вот катализаторы будущего раскаяния, по мнению средневекового человека. Церковный Собор 1554 г. именно так, по всей видимости, представлял себе воздействие на внутренний мир осужденного, предписывая содержать игумена Артемия в Соловецком монастыре «в некой кельи молчательне», и «смотри-ти житъ его, аще истинное есть и нелестно обращение его к православию и аще плоды духа имать свидетельствующа к спасению, и сокрушено сердце, и смирен разум, и покаяние и исповедание прилежно»⁷.

⁴ Цит. по: Дмитрев А.Д. Инквизиция в России. М., 1937. С. 78.

⁵ Исторические мелочи. Сеяние муки в монастырях // Вологодские епархиальные ведомости, 1900, № 18, С.466.

⁶ Акты археографической экспедиции (далее – ААЭ). Т. 3. № 177. Аналогичные меры смирения см.: ААЭ. Т. 3. № 198, 226; ААЭ. Т. 4. № 98, 116, 143, 188; Акты исторические (далее – АИ). Т. 4. № 203; Дополнение к Актам историческим (далее – ДАИ). Т. 8. № 98; ДАИ. Т. 10. № 108.

⁷ ААЭ. Т. 1. С. 254.

Однако если узник оказывался не слишком восприимчив к духовному воздействию, монастырская пенитенциарная доктрина не отрицала возможности физического страдания. Только целью физического истязания являлось не устрашение и не отмщение, а склонение к покаянию через страдание. Так, Тобольский архиепископ Нектарий Теляшин (ум. в 1667 г.), вспоминая свою ссылку в Нилову пустынь, писал: «Пастырь мой плоть мою сокрушал, а душу спасал... Того ради и тело мое начальник бил, чтоб душа моя темная светла была и бела, а не черна...»⁸.

Идея покаяния как окончательной цели любой церковной пенитенции, да и вообще любого правосудия с точки зрения христианства, изложенная в евангельских текстах, не была мертвой буквой для русского средневекового человека. Подтверждение этого можно найти, например, в Домострое: «И Благии человеколюбец Бог, не терпя в человечех таких злых нрав и обычаев, и всяких неподобных дел, яко ж чадолюбивыи отец, скорбьми спасает и к спасению приводит, показуя наказает за премногия грехи наша, смерти же скорыя не предает, не хощет смерти грешничи, но ожидает покаяния: еже обратитися и живу быти ему»⁹.

Примечательно, что тот же Домострой символически ставит в один ряд больницы, монастыри и тюрьмы, как учреждения, в которых находятся люди, помошь которым является долгом каждого христианина: «В монастыри, и в болници, и в пустыни, и в темница заключенных посещай, и милостиню по силе всяких потребных подавай, елико требуют; и види беду их, и скорбь, и всякую нужу, и елико возможно помагай им.; теми молитвами Бога сътвориши себе милостища, и свободу грехов получиши»¹⁰.

Если для простых людей посещение тюрем было потребностью их христианской совести, то для светских и духовных властей – канонической обязанностью. Так, 3-е Правило Константинопольского патриарха Фотия гласит: «Начальникам должно посещать в воскресный день заключенных в темнице, требовать, чтобы стражи человеколюбиво обращались с ними и заботиться, чтобы у них не было недостатка в пище»¹¹. Епископам же предпи-

⁸ Русский Архив. 1873. С. 1774.

⁹ Домострой. М.: Советская Россия, 1990. С. 35.

¹⁰ Домострой. М.: Советская Россия, 1990. С. 39.

¹¹ Власарь Матфей. Алфавитная Синтагма. М., 1996. С. 432.

сыпалось посещать узников в среду и пятницу и «побуждать начальников делать относительно их, что повелевают законы»¹². Известно, что указанные раннехристианские канонические предписания неукоснительно соблюдались в Москве еще при царе Алексее Михайловиче, который лично посещал темницы, раздавая узникам деньги, пищу, одежду, выслушивая их жалобы.

Широко известно, что светская тюрьма получила нормативное закрепление в отечественном праве лишь во второй половине XVI в. Распространение практики заточения уголовных и политических преступников, в отношении которых государство предполагало применение преимущественно репрессивных, а не покаянных мер, немедленно сказалось и на изменении режима монастырской ссылки. Экстремальная репрессивность времен опричнины исказила и покаянную традицию, царившую в монастырских обителях. Так, обличая кровавую внутреннюю политику Ивана Грозного, Андрей Курбский пишет: «Нестерпимую ярость, паче разженыя пещи, являешь к нам наручающе и ангельский образ ... Егда на коих разгневается, тогда их силой в мнихи стрижет, и с женами и с малыми детками и в вечное предает заточение в монастырех твердых и в темных кельях, чиняще святыя места твердынями адскими»¹³. Сравнение монашеских обителей с «твердынями адскими», очевидно, связано и с отказом от традиционных покаянно-исправительных форм монастырской ссылки в этот период.

Анализ архивных документов показывает, что после экстремальной репрессивности наказаний периода правления Ивана IV и последовавшей смуты монастырское заточение вновь частично вернулось к воплощению идей христианской покаянной дисциплины. Сохранение в монастырской пенитенциарной практике вплоть до конца XVII в. традиционных форм публичного покаяния, наряду с игравшим все более заметную роль репрессивным «подначальством», подтверждается обширным кругом источников. Так, содержавшийся в 1623–1624 гг. в Кирилловом Белозерском монастыре вольнодумец кн. Иван Хворостинин должен был совершать обычные для публичного покаяния дейст-

¹² Власть Матфей. Алфавитная Синтагма. М., 1996. С. 235.

¹³ Сказания князя Курбского. СПб., 1868. С. 340.

вия. Патриарх требовал от властей обители, «чтоб у него без келейного правила не было ни одного дни и церковного б пения николи не отбывал»¹⁴. Это же явление подтверждается Соборным постановлением 1689 г. о Семене Медведеве, рисующим пребывание в обители кающегося грешника следующим образом: «Имеем Сенку Медведева яко оглашеннаго, определяем же ему стояти вне церкве... и своя хулы обличати всякому входящему и исходящему и молитися, да молятся о нем... По сем с верными стояти в церкви, общения же не приимати..., да не токмо словесы, но и делы истинное покаяние покажет... жити же ему тамо под крепким началом у самаго искуснейшаго и твердейшаго мужа и ведуща священная писания»¹⁵.

Даже в период массовой ссылки в монастыри старообрядцев в конце XVII столетия духовные власти неизменно подчеркивали необходимость их увещевания, просвещения, присутствия на службах с целью склонения к раскаянию и исправлению. Сходная ситуация наблюдалась и в светских тюрьмах, обитателей которых должен был регулярно посещать священник. Соборное Уложение 1649 г. предусматривает даже наличие специального учреждения – покаянной избы для преступников, осужденных на смертную казнь.

Покаянная традиция в российской пенитенциарной доктрине меркнет и постепенно размывается с началом секулярных реформ XVIII в. Духовный Регламент, Воинский Артикул и многочисленные именные и сенатские указы постепенно устанавливают жесткую, рациональную систему наказаний, имеющих исключительно репрессивный смысл, как для государственных тюрем, так и для монастырских темниц. Впрочем, как видно из ряда указов Петра и его преемников, монастырская темница ими уже не воспринималась как отдельное явление, а представлялась лишь разновидностью государственного карательного учреждения. Это видно, в частности, из многочисленных попыток властей XVIII в. заточать в монастыри уголовных преступников – воров, убийц, поджигателей, не смущаясь статусом монастырей, и требуя от последних соблюдения фактически тюремного режима. Таким образом, покаян-

¹⁴ Платонов С.Ф. Сочинения в 2-х томах. СПб., 1994. Т. 2. С. 550.

¹⁵ АИ. Т. 5. № 194.

ная традиция активно реализовывалась в отечественной пенитенциарной доктрине и практике периода позднего средневековья, когда влияние церковного права на все стороны национальной правовой культуры было весьма велико. Однако она утратила свое влияние в связи с появлением рационального репрессивного законодательства секулярной эпохи.

А.Е. Епифанов, Д.А. Давудов^{1}*

ПРАВОВЫЕ ВЗГЛЯДЫ М.Н. КАТКОВА И ТРАДИЦИИ ОТЕЧЕСТВЕННОГО ПРАВА

В последнее время большой интерес ученых и общественности вызывают государственно-правовые взгляды русских консервативных мыслителей XIX в. Одним из ярких представителей охранительного направления государственно-правовой идеологии в России второй половины XIX в. являлся М.Н. Катков, известный российский публицист, главный редактор «Московских ведомостей». В своих политико-правовых воззрениях М.Н. Катков придавал огромное значение праву, причем во всех аспектах. По его вполне обоснованному мнению, «юридические нормы составляют предмет особой науки и особой общественной деятельности; они требуют и имеют особых теоретических и практических специалистов; они обязательны для всех без исключения, и необходимо изменяются с течением и развитием общенародной жизни. В этом деле, более чем в ином, теория и практика необходимы в видах общей пользы, и должны идти рядом в неразрывном союзе»². Идея о верховенстве права непосредственно вытекала из российских понятий нравственности, сформировавшихся под влиянием прежде всего православной церкви и русской государственной традиции.

¹ **Епифанов А.Е.** – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета. **Давудов Д.А.** – аспирант кафедры теории и истории государства и права Сочинского государственного университета.

² Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1875 год. С. 289.

Для того чтобы чувство законности развивалось в обществе, М.Н. Катков считал, что «необходимо, чтобы законы были присущи духу народа и служили для вдоворения в обществе порядка и свободы, а не устанавливали таких правил, которые, в видах преследования и наказания немногих, налагают ярмо на всех»³. Следует признать, что последнее замечание чрезвычайно важно для построения правового демократического государства.

Как совершенно справедливо отмечал М.Н. Катков, «где законодательство действует не по отвлеченным принципам, а на основании существующего, с полным уважением к его интересам, там только и действует оно либерально, и только в тех политических обществах, где оно действует. Таким образом, свобода не есть пустое слово, а истина. Другой свободы в политических обществах не бывает и быть не может»⁴. Весьма актуальна идея мыслителя о том, что в цивилизованном обществе может быть только законная свобода (как установленная, так и ограниченная законом). Неотъемлемыми чертами правовой основы жизни общества должны стать неизменность законов, их независимость от влияния политической конъюнктуры.

Еще большее значение для современной России имеют слова М.Н. Каткова о том, что, «как законодательство, так и административная власть должны клонить к тому, чтобы во всяком деле было привольно честным и уважающим себя людям, а тесно приходилось бы только ворам и мошенникам»⁵. В то же время известный российский публицист никогда не забывал о государстве. По его вполне аргументированному мнению, «все законы подчиняются требованиям безопасности государства когда оно в опасности»⁶.

Большое значение в своем политико-правовом учении М.Н. Катков уделял уголовному праву. По его вполне обоснованному мнению, «благоустроенное общество невозможно без правильной системы уголовного правосудия, и каждый отдельный

³ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1875 год. С. 387.

⁴ Там же. 1864 год. С. 28.

⁵ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1870 год. М., 1873 год. С. 329.

⁶ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1870 год. М., 1880 год. С. 92.

случай безнаказанности или несправедливой кары есть зло непоправимое, оскорбляя общественную совесть и губительно действуя на те опасные для общества элементы, которые сдерживаются единственно страхом наказания»⁷. Естественно, что в общей части уголовного права наибольшие дискуссии в обществе вызывали вопросы цели наказаний, применения телесных наказаний и смертной казни.

М.Н. Катков справедливо отмечал – «кара за преступление есть, с одной стороны, требование внутренней справедливости, а с другой – средство ограждения общественной безопасности»⁸. При этом, по его мнению, «конечная или, лучше сказать, единственная цель правосудия заключается в том, чтобы за всяkim преступлением следовала законная кара»⁹. Автор обоснованно считал, что уголовное право призвано защищать права и свободы человека. «Уголовный закон, каюая преступника за нарушение права, охраняет все существующие права и в этом смысле есть обеспечение для всех граждан»¹⁰.

В вопросе о смертной казни как вида наказания публицист исходил из практической целесообразности. К 1875-му г., отмечал он, «во всем цивилизованном мире смертная казнь отменена вполне лишь в следующих государствах, в Европе: в Португалии, Румынии, и в двух швейцарских кантонах: Нешателе и Фрибурге, а в Америке: в штатах Род-Айленде, Мичигане и Висконсине. Россию мы не считаем, ибо смертная казнь далеко не изгнана из наших уголовных законов, хотя вот уже столетие как, по крайней мере в обыкновенном порядке суда, она не может быть применена именно к тем видам преступлений, которые почти одни только караются смертью по законам остальных народов»¹¹. Таким образом, законодательство Российской империи в этом отношении было более гуманным, чем законодательство других стран.

В это же время, как отмечал М.Н. Катков, «во многих государствах Европы подвергались пересмотру и коренной переработ-

⁷ Катков М.Н. Указ. соч. С. 786.

⁸ Там же. 1874 год. С. 786.

⁹ Там же. 1875 год. С. 161.

¹⁰ Там же. 1869 год. С. 74.

¹¹ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1870 год. М., 1875 год. С. 147.

ке уголовные кодексы, и теории уголовного права много раз представлялся случай осуществить на практике свои во многом изменившиеся учения как о цели и основании кары, так и о способах наказания наиболее соответствующих истинным целям правосудия. На первом плане при прениях по этому предмету всегда стоит вопрос о смертной казни»¹². При этом он совершенно справедливо указывал, что «вопрос смертной казни теоретически так исчерпан в обширной литературе по этому предмету, что трудно было бы найти какой-либо новый довод в ту или другую сторону. Замечательно лишь то, что против смертной казни высказались юристы-теоретики, тогда как все юристы-практики, принадлежащие к судебскому сословию, требовали удержания этого наказания»¹³. Следовательно, только «чистые» теоретики, как правило, либеральных и демократических взглядов, требовали отмены смертной казни. В результате, как справедливо отмечал автор, «за весьма малыми исключениями, практическое законодательство нигде не последовало за теориями, требующими абсолютной отмены смертной казни, и почти нигде смертная казнь не изгнана из уголовных кодексов, хотя применение ее почти повсеместно сведено лишь к одному преступлению, убийству в тяжких его видах»¹⁴.

Что касается такой отрасли, как гражданское право, то М.Н. Катков совершенно обоснованно утверждал, что «гражданские законы имеют цену для населения по мере своего внутреннего совершенства, и что народ, в деле гражданского права, всегда предпочтет устаревшим законам более совершенные нормы, хотя внесенные извне»¹⁵. В противовес очень многим политическим мыслителям, и, прежде всего, либерального и демократического направления, публицист справедливо отмечал, что «в русском народе инстинкт собственности столько же силен, как и во всех других исторических народах»¹⁶. Тем самым он опровергал всякие разговоры о якобы социалистическом, антисобственническом характере русских.

¹² Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1870 год. М., 1875 год. С. 145.

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

¹⁵ Там же. С. 299.

¹⁶ Там же. С. 747.

После Второй мировой войны в разных странах специалисты в области гражданского права стали писать об обязательствах собственника перед обществом. В законодательных актах второй половины XX в. стали появляться нормы о «социально-ориентированной собственности». В результате, как справедливо указал профессор В.Е. Чиркин: «В новых конституциях европейских и некоторых других стран появились положения о социальном партнерстве, социальной справедливости, социально-ориентированной экономике, о роли труда, об особой заботе о трудящихся и обездоленных слоях населения, о том, что частная собственность должна служить интересам общества»¹⁷.

В цивилистике не меньшее значение, чем право собственности, имеет такая подотрасль, как обязательственное, или договорное право. По вполне обоснованному мнению М.Н. Каткова, государству важно «охранить твердость договора», однако в законодательстве «крайне вредно определять все те случаи, к которым относится эта охрана, и оставлять вне ее все случаи, непоименованные в законе»¹⁸. Связано, это, прежде всего, с тем, что в нормативных актах, даже самых подробных, невозможно предусмотреть все жизненные ситуации. И, как правильно указал публицист, «когда законодатель желает по возможности менее нарушать свободу договаривающихся сторон, тогда крайне опасно составлять специальные инструкции, ограничивающие эту свободу в каждом отдельном случае»¹⁹.

М.Н. Катков стал одним из первых политico-правовых мыслителей в мире, которые обратили внимание на необходимость экологического законодательства. В 1887 г., незадолго до своей смерти, он писал: «В последнее время замечается стремление фабрично-заводского производства сосредоточиваться в более значительных городах, представляющих обширные рынки для изделий. Между тем многие производства, особенно сопряженные с химической обработкой, правильнее говоря, переработкою продуктов, ухудшают санитарные условия жизни скученного городского населения. Спус-

¹⁷ Чиркин В.Е. Государство социального капитализма (перспектива для России) // Государство и право. 2005. № 5. С. 54.

¹⁸ Катков М.Н. Указ. соч. 1870. С. 809.

¹⁹ Там же. 1870 год. С. 809.

кая отработанные кислоты и отбросы производства в реку, дающую воду для питья горожанам, фабрики становятся рассадником болезней»²⁰. В результате он сделал обоснованный вывод, что «чувствуется крайняя необходимость в строгих постановлениях воспрещающих устройство подобных фабрик в густо населенных местностях»²¹.

Сегодня современно звучит предложение М.Н. Каткова о необходимости усиления именно общегосударственного законодательства (имперского, федерального) об охране природы, поскольку местные органы власти и управления довольно легко идут на встречу требованиям фабрикантов и промышленников. М.Н. Катков отмечал: «При нынешнем положении городских управлений, издание Министерством Финансов обязательных для размещения фабрик постановлений, без должного контроля за их исполнением, не обеспечит здоровья населения. Достаточно взять, например, Московскую Думу, разрешившую обратить Яузу в разносящий заразы поток, продолжающую благосклонно выдавать разрешение на открытие новых, уже по Москве-реке, да еще в верхней ее части, фабрик, снабжающих московских обывателей вредными кислотами, – чтобы убедиться, что желательное оздоровление наших городов не может быть достигнуто без строгого правительственно-го надзора»²².

Таким образом, М.Н. Катков придавал огромное значение праву как регулятору общественных отношений, при чем всем его отраслям. В области гражданского права публицист обращал особое внимание на неприкосновенность права частной собственности. Главной задачей уголовного права он считал охрану прав и свобод человека, при этом подчеркивал, что неотвратимость наказания является важнейшим условием законности и правильного правосознания. В целом можно сказать, что многие положения политico-правовых воззрений М.Н. Каткова о развитии права уже используются в законодательстве.

²⁰ Катков М.Н. Указ. соч. 1887 год. С. 123.

²¹ Там же. 1887 год. С. 123–124.

²² Там же. 1887 год. С. 124.

РАЗДЕЛ III

ТРАДИЦИИ В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

*Н.А. Крашенинникова**

РОЛЬ ЗАКОНА И ТРАДИЦИИ В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ ИНДИИ

В Индии, как одной из великих стран, пережившей века мировых цивилизаций, на протяжении всей ее истории универсальной основой социо-нормативной регулятивной системы была и остается религиозно-философская традиция, с ее концепциями «Закона кармы», варны, касты, ашрамы (стадий жизни), и дхармы – религиозно-правового и морального долга, обязанностей, правил жизни добродетельного индуза, в зависимости от его социального статуса. В ее правовой системе наряду с вестернизированными, рационализированными по западному образцу законами и судебными прецедентами широко распространены и поныне традиционные нормы, в форме официально признанных государством норм, personalных правовых систем, главным образом религиозного права индусов и мусульман и в форме официально непризнанных обычно-правовых норм, широко применяемых в традиционных судах – общинных (панчаятных), кастовых, решения которых зачастую

* Крашенинникова Н.А. – доктор юридических наук, заслуженный профессор Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

противоречат «государственному» праву. Традиционное обычное правосудие, по утверждению известного индийского философа права С.П. Синха, является и ныне одной из важнейших цивилизационных особенностей, «центральным принципом сельской жизни Индии»¹.

Роль и значение традиции в постколониальных странах определяется в обществоведении также двояко. Так, в недавно изданной «Новой философской энциклопедии» традиция определяется как «способ бытия и культурного наследия, фиксирующий устойчивость и преемственность опыта поколений и веков». При этом подчеркивается, что «современный правовой подход к проблеме традиции *преодолевает тенденцию* (курсив наш. – Н.К.) свести ее к костным и отжившим элементам прошлого, делая акцент на изучении исторической динамики и судьбы культурного наследия и культурной самобытности». Вместе с тем признается, что «традиция может выступать в качестве консервативной ретроградной силы на пути становления новых, более прогрессивных форм и норм жизни»².

В этой трактовке традиции отсутствует, как нам представляется, еще одно важное положение о настоящей необходимости преодоления консервативных, отживших традиций, не только стоящих на пути новых демократичных «форм жизни», с их основополагающими институтами прав и свобод человека, являющихся гуманитарным измерением любой цивилизации, но и с элементарными принципами общечеловеческой морали.

Опыт Индии в этом отношении (которая по Конституции 1950 г. учреждалась как суверенная, демократическая республика, с построенной по западным моделям парламентской демократией, широким спектром прав и свобод индийцев: права на равенство перед законом (ст. 14), запрещение дискриминации по мотивам религиозной, расовой, кастовой принадлежности, пола и места рождения (ст. 15) и проч.³) заслуживает особого внимания, так как ей предстоял после получения независимости трудный путь решения

¹ Sinha S.P. Non-Universally of Law // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Wiesbaden, 1995. Nr. 2. P. 211.

² Толстых В.И. Традиция // Новая философская энциклопедия. Т. 4. М., 2001. С. 87.

³ Конституция Индии // Конституции зарубежных государств / Сост. В.В. Маклаков. 5-е изд. М., 2006.

задач преодоления институционализированного традиционного неравенства, создания эффективных гарантий защиты прав так называемых «слабых слоев общества», к которым в стране было отнесено значительное число каст и племен «неприкасаемых», ныне получивших название «зарегистрированных каст и племен», а также женщин и детей.

Дискриминация и неравноправие женщин как характерная черта индийского общества берет свое начало в глубокой древности. Так, в «Законах Ману» (II в. н.э.) провозглашалась «денно и нощно» зависимость женщин, как «непригодных к самостоятельности» от «своих мужчин» – отца в детстве, мужа в молодости, сыновей в старости (ЗМ. IX, 2–3)⁴. Жена в представлении правоверного индуза – бесправно-послушный приданок, часть своего мужа, верная ему не только при жизни, но и после его смерти. Среди индийских правоведов бытует и ныне точка зрения, что половая дискриминация пронизывает каждую пору индийского общества, что правовая система страны исторически воспринимает женщину как существо, отличное от мужчины, как несовершеннолетнюю, не способную вести свои финансовые и правовые дела.

Настоятельная необходимость защиты женщин от дискриминации встала на повестку дня Индии сразу же после получения страной независимости. Конституцией 1950 г. было предусмотрено право государства на создание законов, направленных на повышение статуса женщины в семье и обществе. Принятые на основе Конституции правовые акты, касающиеся социального статуса индийских женщин, вторгались прежде всего в область брачно-семейных отношений, в которых влияние старых социо-культурных традиций проявлялось особенно отчетливо. Среди этих актов первостепенное значение имели законы 1955–1956 гг., вошедшие в реформированный, модернизированный «Индусский кодекс», под действие норм которого подпадали индийцы, исповедующие индуизм⁵.

Однако, наиболее активное правотворчество по созданию эффективных гарантий конституционных прав индийских женщин началось в 1970-е гг., когда в 1975 г. последующее десятилетие

⁴ Законы Ману. М., 2002. С. 339.

⁵ См. подробнее: Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1982.

было объявлено декадой женщин, целью которой стало объединение их усилий в борьбе за равный статус в социальной, экономической и политической жизни страны. В 1980 г. был опубликован доклад Национальной федерации индийских женщин – «Социальное угнетение и жестокость в отношении женщин», одним из требований которого стало введение закона об уголовной ответственности мужа и его родственников за издевательство над женщиной, вплоть до доведения ее до самоубийства из-за неполученного или недополученного приданого, выплачиваемого, как правило, за кастово-престижного жениха⁶.

На это требование правительство Индии ответило законопроектом 1983 г. «О преступлениях, относящихся к браку», положения которого, став законом, были включены в качестве новой статьи 498(б) главы XX Уголовного кодекса Индии 1860 г.⁷, предписывающей трехлетнее тюремное заключение за жестокость и издевательства над женщиной в индусских семьях из-за приданого. При этом понятие жестокости (англ. *cruelty*) трактовалось в специальном пояснении к ст. 498(а) как «умышленное поведение, способное довести женщину до самоубийства, либо повлекшее за собой причинение женщине физического или морального вреда, либо представляющее опасность для ее жизни, тела или здоровья, если такая жестокость имела место в семилетний период со дня заключения брака» (этот срок давал «разумные основания полагать», что издевательства над женщиной являлись следствием не полученного приданого)⁸.

В дополнение к этому закону в 1984 – 1986 гг. были приняты два новых закона «О запрещении приданого», существенно изменившие Закон 1961 г. за счет более точного толкования самого понятия приданого, в отличие от допускаемого брачного подарка, и увеличения наказания за дачу и получение приданого с 6 месяцев тюремного заключения или штрафа в 5 тыс. рупий до пятилетнего тюремного заключения и штрафа в 15 тыс. рупий⁹.

⁶ Forward Equality. Report of the Committee on Status of Women in India. Ministry of Education and Social Welfare. Delhi, 1975.

⁷ См.: Indian Penal Code. Delhi, 1999.

⁸ Mookherjee A. Marriage, Separation and Divorce. Calcutta, 2002. P. 827.

⁹ Dowry Prohibition (Amendment) Act, No. 63 of 1984, and No. 43 of 1986 // Mookherjee A. Op. cit. P. 827–847.

В 1987 г. был принят Закон о предотвращении сати¹⁰, как преступления, являющегося следствием древнего обычая самосожжения женщины после смерти ее мужа, безуспешно запрещенного еще в колониальной Индии в 1829 г.

В 2007 г. вышел Закон о запрещении браков несовершеннолетних, также после безуспешных многолетних попыток снижения возраста брачного совершеннолетия. Впервые этот вопросстал перед законодателем в колониальный период при принятии УК Индии 1860 г., в котором половые отношения с женой, не достигшей 10-летнего возраста, были отнесены к категории «брачного изнасилования» (англ. *family rape*), наказуемого ссылкой или лишением свободы на срок до 10 лет, а также штрафом. В 1929 г. правовым актом, получившим название «Закон Сарда», возраст брачного совершеннолетия был повышен до 15 лет. И только Законом 2007 г. впервые было документально закреплено общее понятие несовершеннолетия, завершающееся при достижении мужчиной 21 года и женщиной 18 лет¹¹.

К списку законов о пресечении действия архаических обычев и обыкновений можно отнести и ряд других актов. Например, Закон «О специальных семейных судах» 1984 г., Закон «О предотвращении злоупотреблений в области дородовой диагностики»¹². Но особое признание прогрессивной общественности, женского демократического движения получил Закон «О защите женщин от домашнего насилия» 2005 г.¹³, который по своему содержанию предвосхитил все известные правовые формы защиты женщины не только в Индии, но и западном законодательстве, став фактически в один ряд с конституционными гарантиями их гражданских прав,

¹⁰ The Commition of Sati (Prevention) Act (No. 3 of 1987) // Gazette of India. Extraordinary, pt. II, Section I, 1988.

¹¹ The Prohibition of Child Marriage Act (No. 6 of 2007) // Gazette of India. 2007. January, 11.

¹² Этот закон запрещал определение методами УЗИ-диагностики пола будущего ребенка и аборты «на основе предпочтения пола», исключающие рождение девочек.

¹³ The Protection of Women from Domestic Violence Act (No. 43 of 2005) // Gazette, pt. II Sec. 1, 2005. September 14. Детальное рассмотрение этого и других законов дано в кн.: Крашенинникова Н.А. Правовая культура Индии. Инновационные и традиционные черты. М., 2009.

обеспечиваемых не только санкциями уголовного закона, но и до- судебными государственными гарантиями.

Непосредственная причина принятия Закона 2005 г. была связана с предшествующим расследованием Национального бюро по регистрации преступлений в Индии и выходом затем в свет доклада, в котором констатировалось, что та или иная форма жестокости, насилия над женщинами в Индии «совершается каждые 3,5 минуты»¹⁴.

Закон 2005 г. содержит детально конкретизированное, с многочисленным определениями терминов и объяснениями, значительно расширенное понятие домашнего насилия, в отношении не только замужних женщин, но фактически всех индийских женщин: вдов, матерей, сестер, членов больших неразделенных семей и др. В ст. 3 данного Закона к насилию были отнесены любые действия, бездействие или поведение ответчика, который «причинил вред, нарушил права или поставил под угрозу жизнь, безопасность, части тела, физическое или психическое здоровье пострадавшей». К преступному насилию было также причислено насилие сексуальное, которое «оскорбило, унизило или иным образом посягало на достоинство женщины», а также оскорблении словом (например, высмеивание женщины за неспособность к деторождению или рождению ребенка мужского пола), и, наконец, запугивание жалующегося лица или лиц, связанных с пострадавшей, угрозы причинить им какой-либо вред или ущерб. Защита женщины основывалась на системе запретительных судебных приказов (англ. *injunction*), традиционных для англо-саксонской правовой семьи, нарушение которых влекло за собой уголовную ответственность.

Судебный «охранительный приказ» запрещал не только совершать новый акт домашнего насилия или подстрекать любое лицо к такому насилию, но и предпринимать любые попытки общения с пострадавшей, отчуждать любую семейную собственность, причинять какой-либо вред ее родственникам и проч. Судебный приказ, касающийся проживания (ст. 19), запрещал ответчику выселять или каким-либо образом покушаться на возможность проживания в совместном жилище женам с детьми или без,

¹⁴ Crime of India. National Crime Records Bureau. New Delhi, 2002.

матерям и сестрам, вдовам, кровным родственникам, удочеренным женщинам, независимо от то того, имели ли они какое-либо право, титул или бенефициальный интерес на проживание (ст. 17(1)). Сверх этого, согласно ст. 29(2) магистрат мог выдавать *любые предписания*, если он «разумно полагал, что они являются необходимыми для защиты пострадавшей и ее детей». Уголовному наказанию, срок которого «мог достигать 1 года тюремного заключения, или штрафа в 20 тыс. рупий, или и того и другого вместе», подлежали не только ответчик, но и любое должностное лицо за неисполнение им служебного долга. Но при этом исключалось наказание последнего «за какой-либо ущерб, причиненный в связи с исполнением им своих служебных обязанностей», если он действовал «с доброй совестью». Законом предписывалась и материальная помощь «в случае нужды» пострадавшему лицу.

Выявляя ряд общих черт вышеназванных законов, внесших заметный вклад в искоренение индийских древних консервативных традиций, необходимо отметить следующее.

1. Общей целью этих законов стало не только запрещение и предупреждение действия обычаем и обыкновений, укоренившихся в правовой практике и массовом правосознании религиозно ориентированных индийцев, но и их, как указывается в самих законах, окончательное подавление (англ. *stamped out obnoxious practice*).

2. Объединяет эти «революционные» законы их радикализм, связанный с значительным ужесточением уголовных и гражданско-правовых санкций, вплоть до применения смертной казни (например, пожизненное заключение или смертная казнь за подстрекательство к сати).

3. В этих законах был значительно расширен круг соучастников преступления. Например, к подстрекательству к сати было отнесено «любое побуждение женщины к совершению сати» или «создание помех женщине в ее нежелании быть сожженной или похороненной заживо» (пп. «а» и «ф» ст. 4 соответствующего Закона). К числу соучастников были отнесены и «участники любой процессии или присутствующие в качестве активных участников на любой церемонии, связанной с сати» и проч.

4. Характерной чертой этих законов стало и предоставление широкого пространства для усмотрения судей при установлении виновности привлеченного к ответственности лица (например, сте-

пени его активности при совершении сати или характера церемонии, в которой это лицо участвовало).

5. Указанными законами были внесены существенные изменения в действующие редакции кодексов Индии – УК 1860 г., УПК 1973 г., ГПК 1963 г., и главное в Закон о доказательствах 1972 г., среди которых наиболее значимыми стал *отказ от презумпции невиновности и от запрещения обратной силы закона*.

6. Характерной особенностью анализируемых актов стало внесение существенных изменений в систему правоприменительных органов; создание специальных судов; корпуса специальных должностных лиц: магистратов, общественных обвинителей и правозащитников, а также сети учреждений опеки, приютов, больниц для пострадавших женщин и их детей.

7. Во всех этих законах зримо проявилось понимание индийскими властями того, что эффективная борьба по искоренению отживших обычаев должна вестись с помощью не только ужесточения санкций уголовных законов, но и усиления идеолого-просветительской, воспитательной работы среди широких масс населения, направленной на изменение их традиционного мировоззрения, на укрепление в правосознании граждан Индии современных стандартов прав человека.

Все вышесказанное свидетельствует не только о неукоснительном стремлении демократических сил Индии создать прочную базу для утверждения принципов рационализма, гуманизма, эгалитаризма в правовой культуре Индии, но и об определенных ее достижениях, далеко не завершенных на этом трудном пути. Эти трудности хорошо понимал Дж. Неру, который в 1961 г., выступая в качестве премьер-министра на заседании парламента по обсуждению билля о запрещении приданого, отметил, что законодательство не может само по себе разрешить глубоко укоренившиеся социальные проблемы, но оно необходимо и важно, как и предусмотренные им санкции, в качестве фактора, способного формировать общественное мнение для утверждения новых порядков¹⁵.

¹⁵ Nehru J. Speaking from the Floor of Parliament in the joint sitting of both Houses on Dowry Prohibition Bill. 1961, on May 6 // Diwan P. Modern Hindu Law (Codified and Uncodified). Allahabad, 2005. P. 79.

*E.H. Трикоз**

ОСОБЕННОСТИ КОДИФИКАЦИИ ПРАВА В СРЕДНЕВЕКОВОЙ ЯПОНИИ

Возникновение и развитие первого на японском архипелаге государства *Ямато* совпало с раннеписьменной эпохой (300–10 гг. н.э.), когда оказывали свое активное влияние китайская цивилизация Тан и крупное корейское государство Силла. В тот период множество китайских и корейских воинов, ученых, земельцев и ремесленников переселялись на архипелаг, предопределив этнический облик и культуру древних японцев и, самое важное, их право-государственный уклад. Именно тогда была заложена получившая широкую известность способность японцев к активному реформированию своей правовой системы и восприятию иностранного опыта, включая китайские политico-правовые инновации и рецепцию иностранного права, наряду с необычайной устойчивостью традиционных основ и консервативной самобытностью самого японского народа.

Главной мотивацией средневекового правосознания японцев было внедрение в юридическую практику принципа «возврата к старине», гармонизация новых правовых явлений со старым идеалом формального закона, вызывавшим уважение и почтительное отношение к властям. С тех времен в поддержании традиции японцы видели практическую мудрость и продолжают видеть основу своей правовой политики. Еще одной их традицией и своего рода «культурной привычкой» были регулярные обращения к инновациям и заимствованиям, но при строгом следовании принципу «японский дух – западная техника» (яп. *вакон ёсай*). Так, например, «рецепция» китайского права ограничивалась главным образом заимствованием юридической терминологии на иероглифах, но в китайские письменные формулы при этом вкладывалось специфически японское содержание, что хорошо иллюстрирует Свод законов *рицурё*.

* Трикоз Е.Н. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Российской университета дружбы народов.

Выделим некоторые особенности японской традиции кодификации права.

1. Даже в ходе проведения масштабной систематизации права под девизами Тайхо и Ёро японцы всё ещё были далеки от понятия субъективных прав и так и не усвоили эгалитарных установок, свойственных, например, старокитайскому обществу¹.

2. В процессе кодификации права была частично зафиксирована и по сути легитимирована знаменитая японская социальная паутина обязанностей и долга, в которой намертво запутывался каждый японец².

3. Весьма специфичным было отношение к женщинам в средневековом японском обществе, что накладывало свой отпечаток на позитивное законодательство³.

4. Следующая особенность правового развития раннесредневековой Японии образно может быть выражена так: монахи привнесли кодификацию на кончике пера, и одним взмахом кисти обученные в Китае азам письменности и иероглифики⁴, они открыли

¹ Например, в кодексе «Тайхо Ёро рё» зафиксированы пять категорий рабов и крепостные. См.: Свод законов «Тайхорё». 702–718 гг. I–XV законы / Пер. с древнеяп. и комм. К.А. Попова. М., 1985.

² Различались два вида своеобразных и весьма жестких обязательств, или социальных приказов, которые управляли жизнью каждого жителя этой страны: 1) пассивная форма «он», относившаяся к основным понятиям этики, и безоговорочно ставившая в положение должника любого, кто получал услугу («милость») от других людей (т.н. ондзин): родителей, наставника, начальника или государства как такового (или ко-он – «милость императора»); 2) активная форма обязанностей «гири» как вечный неоплачиваемый «долг поведения», тяготеющий над каждым японцем с самого рождения (например, вечный долг перед императором, государством и Японией, или обязанности по отношению к вышестоящим).

³ Например, в отличие от танского Китая, японские женщины имели право наследования и им могли быть выделены земельные наделы. В целом социальное положение женщины было намного выше, и здесь никогда не существовало ничего подобного китайскому обычью умерщвления новорожденных девочек. Напротив, их рождение в аристократических кругах только приветствовалось, поскольку давало потенциальную возможность выгодного замужества и поднятия социального престижа. Это подтверждается существованием многочисленных «императриц» и часто практиковавшейся матрилокальностью.

⁴ Вплоть до X в. у японцев не было оригинальной, национальной письменности, и все юридические источники записывались стилем камбун (японский вариант старокитайского вэньянь). Даже в современном японском языке больше половины слов и пословиц китайского происхождения. Этот фактор, а также

рядовым японцам дальневосточную сокровищницу знаний, стали фиксировать собственную историческую традицию, вести хронологию, делопроизводство и составлять своды законов. Но при этом в раннесредневековой кодификации нашла закрепление важная идеологическая установка – разделение светской и духовной власти⁵.

5. Другой идеологической установкой была опора на законы и рекомендации советников, как правило, иностранных. Так в процесс кодификации проникали конфуцианские идеи о централизованном государстве и «мудром правителе», а также идеи китайских легиотов – «законников» (философской школы *фа-цзя*). Они обусловили специфику всей средневековой административно-правовой системы Японии⁶.

официальное утверждение буддизма и возрастающая роль конфуцианства, способствовали успешному проведению исторических социальных реформ Тайка и выработке первых кодифицированных актов (в частности, «Уложения из 17 статей»).

⁵ Например, в «Конституции Сётоку» впервые упоминается Палата по делам небесных и земных божеств, созданная по образцу китайского *Либу* («Ведомства ритуалов»), под надзором которой находились все синтоистские храмы, духовенство и местные святилища. Будийская община также выступала в качестве влиятельного государственного учреждения, о чем свидетельствует, в частности, особое «Уложение о монахах и монахинях», вошедшее в состав Свода законов *рицуруэ*.

⁶ Хотя в области политической теории и государственной практики японцы никогда слепо не копировали китайские образцы. Например, они отвергали конфуцианскую догму о свержении императора *тэнно* (букв. «сын Неба»; кит. *тиньхуан* – «небесный правитель») в том случае, когда он якобы лишался «мандата Неба». Дело в том, что у этих островных жителей, pragматичных и практически ориентированных земледельцев, всегда было вполне конкретное представление о природе государственной (императорской) власти. Они не ассоциировали титул своего правителя с неким абстрактно божественным, теократическим началом. Напротив, относились к своему правителю и государству более приземленно и натуралистично, поклоняясь не только небу, но и солнцу, горам, рекам и др. Древние японцы видели в своём императоре прежде всего руководителя войска с непрекаемым авторитетом, который был основан на соблюдении предписаний законов, церемониальных сводов и кодексов чести. Во вторую очередь, он представлялся им в качестве верховного жреца *ребу синто* (двунадесятого синто). И в этом смысле японский правитель считался сакральной фигурой, подавая своим поведением пример покорности и послушания, следуя рекомендациям верховных советников, ведь это считалось «необходимым условием правильного решения важных дел».

6. Кодификация у японцев всегда была масштабной и многоотраслевой, предполагая детальную законодательную регламентацию различных сфер управления и жизни рядовых японцев и чиновников. Поэтому политическую систему ранней Японии эпохи расцвета кодификации права (VII–IX вв.) называют «правовым государством» (яп. *рицурё кокка* – «государство, опиравшееся на законы»), которое сменил другой тип государства (яп. *отё кокка* – «императорское государство»). В этом централизованном государстве религия, чиновничество и закон были главными историческими силами, движавшими японскую государственность и правовую культуру от средневековых форм к современности.

7. Общие идеи централизованного государства и унифицированной правовой системы впервые были официально, от имени императорской власти задекларированы в «Конституции Сётоку» 604 г., затем получили конкретное выражение в «Манифесте Тайка» 646 г. и серии царских эдиктов, и, наконец, были кодифицированы путем издания двух крупных сводов законов периодов Тайхо и Ёро.

8. Причём *централизации* японского государства удалось достичь за весьма короткий период и не в последнюю очередь благодаря введению в практику официальной (императорской) кодификации, которая придавала императивных характер и общеобязательную силу всем систематизированным в этих сводах юридическим нормам⁷.

9. Кодексы отличались беспрецедентной стабильностью и сакральным авторитетом, благодаря чему удалось достичь необходимой *унификации права* по всей стране. Эти своды законов основывались на своеобразном «законодательном прецеденте», т.к. делали упор на ранее изданные законы и даже некоторые обычаи предков, действовавшие с незапамятных времён⁸. По этой

⁷ Первые общепонеские уложения имели обязательную силу, так как разрабатывалось и вводилось в силу по повелению императора – на основе особых императорских указов (яп. *микотонори*). Указ по своему юридическому значению и фонетическому звучанию был разновидностью такого источника права, как *нории* («закон, правило»). Таким образом, за короткий период удалось создать интегрированное централизованное государство, подчинив жизнь его подданных общеобязательным кодексам законов.

⁸ Здесь довольно долго, особенно в уголовно-правовой и процессуальной сферах, регулирование было монополизировано обычным правом. Причем нарративные источники весьма древнего периода фиксировали обычаи гражданского

же причине кодексы Тайхо и Ёро сами оставались в силе до середины XIX в. и использовались в качестве основы для всех последующих законодательных уложений и современных кодексов Японии.

10. Но в действительности у «этой награды» под названием императорские кодексы была и обратная сторона: они были скорее вместоцищем некоего идеального правопорядка, т.к. их тексты оказались чрезмерно краткими и прямолинейными по содержанию, а реальная жизнь и, в особенности, судебная система не были приспособлены под их адекватное воплощение⁹.

11. В продолжение этой тенденции в истории кодификации развились две по сути деструктивные встречные тенденции: сначала практика рекодификации, а затем и декодификации права (размытия стройной централизованной правовой системы во главе с кодексом) уже в эпоху первого и второго сёгунатов.

Постепенно императорское законодательство в виде основных законов *рицурё* было дополнено и оттеснено на второй план законодательными актами центрального правительства – *кяку* и *сики*. И если законодательство *рицурё* имело общегосударственное значение и должно было императивно соблюдаться всеми слоями населения, то законы *кякусики* имели значение ведомственных актов и служебных инструкций. Начиная с XIII в., в связи с центробежными тенденциями и усилением власти *сёгунов*, «высочайший указ» императора как главный источник права уступил место правительенным распоряжениям и инструкциям прави-

оборота и иные виды правоприменительной практики (обычаи из жизни предков, жреческие обычаи, обычаи из практики должностных лиц и др.). Их господство удалось преодолеть только путем своевременной систематизации накопившихся разрозненных нормативных правовых актов и обычаяв.

⁹ Так, отсутствовала профессиональная корпорация юристов-судей, полицейские органы не имели центрального подчинения, местные князья-даймё нередко увлекались правовой вольницей и автономным правотворчеством в своих землях. В итоге возникла острая необходимость в текущем (административном) нормотворчестве и руководящем (доктринальном) толковании законов *рицурё*. Эта эпоха гlossenирования свода «Тайхо Ёро», начавшаяся ещё при императоре Сёва в 834 г., вызвала к жизни два новых типа источников права – служебное законодательство (яп. *Кякусики*) и правовую доктрину (труды юристов), которые появились в ответ на трудности практического правоприменения системы *рицурё*.

тельства-*бакуфу*. И тогда на смену императорским сборникам *рицурё* пришли локальные правовые своды, издававшие по распоряжению правящих феодальных кланов. Правители территориальных образований на периферии – *гундзи* сохранили свою традиционную автономию и судебную юрисдикцию на местах. Началась рекодификация и регионализация права эпохи сёгунатов. Определенная часть государственного управления осуществлялась вопреки законодательству *рицурё* на основе т.н. «текущей практики» или «исключений на практики» (яп. *гёдзи*). В области уголовно-правовой процедуры все больше ссылались не на законы, а на местные обычаи и сборники прецедентов, составленные местными полицейскими органами. Одним из важных источников того времени стали «Уложение годов Дзёэй» 1232 г., «Кодекс годов Кэмму» 1336 г. и «Княжеский кодекс» сёгуна Иэясу 1615 г.

Только в 1742 г. был издан «Кодекс из 100 статей», но сфера его действия охватывала лишь территории, непосредственно входившие во владение правившего сёгунского клана Токугава. Местные же князья-*даймё* и крупные купеческие и военные дома продолжали применять собственное право. Среди источников этого местного права были разного рода наставления потомкам, которые имели смешанный, корпоративно-правовой и этико-профессиональный характер. Они также были систематизированы в форме уставов знатных домов, напоминавших «домашние конституции» (например, Устав для медных рудников 1721 г., уставы купеческих домов Сумитомо и Мицубиси).

Как верно подмечено А.А. Толстогузовым, появившиеся в XV–XVI вв. многочисленные законы создавались не государством сверху, а союзами людей снизу, которые отныне становились самостоятельным субъектом социальной и юридической практики. Это могли быть правила внутри сельских общин, взаимные договоры членов территориальных союзов самураев, цеховые уставы, своды законов в отдельных княжествах, законодательство самоуправляющихся городов и монастырей. «В какой-то мере это было проявлением феодальной демократии, ведь многие из названных самоуправляющихся союзов имели горизонтальную организацию, подчеркивали равенство своих членов»¹⁰.

¹⁰ Госэйбай сикимоку / Пер. А.А. Толстогузова // Восток. 1992. № 1.

Следует в завершении упомянуть, что в эпоху *Хэйан* начался возврат к обычному праву, тесно связанному с традициями предков, местным (региональным) правом и ритуальной практикой. Само понятие «ритуал» (яп. *рэй*, кит. *ли*), как основа подчинения и управления на основе конфуцианской морали было введено еще в четвертой статье «Конституции Сётоку». Но долгое время система ритуалов, опутывавшая все древнеяпонское общество, составляла нерасторжимое единство с законодательными сводами. Поэтому в отличие от Китая, где нормы *ли* обладали вполне автономным культурным статусом и более высокой юридической силой, в Японии ритуальные нормы были частично инкорпорированы в законодательные своды и не потому имели самостоятельного значения¹¹.

Кроме того, силу обычая получил своего рода кодекс чести японцев, состоявший из т.н. *гири*. Считалось, что эти нормы поведения соблюдались автоматически, из-за страха осуждения со стороны общества в случае неподчинения им (например, гири отца и сына, мужа и жены, собственника и фермера, заимодавца и должника, торговца и его клиента, старшего служащего и его подчиненного, и др.)¹². Суть *гири* была в определённой манере поведения, чтобы «не потерять лицо», совершив что-либо предосудительное и задевающее честь семьи или имени (профессиональная ошибка, нарушение обещания, неоказание взаимной услуги, и даже просто неуважение к самому себе). Эти нормы со временем трансформировались в принципы деловой этики и корпоративные нормы, которые не теряют своей значимости и в современной Японии¹³.

¹¹ Так, например, в 819 г. был обнародован императорский реескрипт, согласно которому все общегосударственные ритуалы должны были соответствовать китайским образцам. В 821 г. был составлен свод внутридворцовых и церемониальных правил, детально регламентирующих различные стороны придворной жизни. См.: Дайрисики («Нормативные установления государева дворца»). Токио, 1928; Нихон киряку («Краткие анналы Японии»). Токио, 1995.

¹² Давид Р., Жоффре-Синози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 368.

¹³ Мещеряков А.Н. Буддизм и этика в раннесредневековой Японии // Народы Азии и Африки. 1983. № 1.

*Р.Ю. Почекаев**

ЧИНГИС-ХАН КАК СОЗДАТЕЛЬ ПРАВА В ТЮРКО-МОНГОЛЬСКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

Многие выдающиеся правители имели репутацию законодателей, что отразилось и в названиях юридических памятников: Законы Хаммурапи, Дигесты Юстиниана, Кодекс Наполеона. Казалось бы, в этом ряду стоит и Чингис-хан, которому приписывается создание Великой Ясы, традиционно считающейся сводом законов Монгольской империи¹. Однако на самом деле роль Чингис-хана как законодателя уникальна, что мы и попытаемся показать ниже.

Дело в том, что Чингис-хан в тюрко-монгольском мире считался не просто автором Ясы, а создателем всего тюрко-монгольского права! Так, всего два десятилетия спустя после смерти Чингис-хана францисканец Бенедикт Поляк, посетивший Монгольскую империю в 1245–1247 гг. в составе посольства папы римского под руководством Иоанна де Плано Карпини, со слов своих монгольских информаторов писал, что «Чингис-кан был создателем их [религиозного права]» и что «у них есть некие традиции, [созданные] Чингис-каном, которые они соблюдают»². Таким образом, основателю Монгольской империи приписывалось также и введение запретов-табу (запрет дотрагиваться ножом до костра,

* **Почекаев Р.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

¹ «Считается», поскольку, согласно новейшим исследованиям Яса Чингисхана не была кодифицированным актом. Однако поскольку этот вопрос не является темой настоящего исследования, мы отсылаем интересующихся к следующим работам: *Morgan D.O.* 1) The «Great Yasa of Chingis Khan» and Mongol Law in the Ilkhanate // Bulletin of the School of Oriental and African Studies. Vol. XLIX. № 1. 1986. P. 163–176; The «Great Yasa of Chinggis Khan» Revisited // Mongols, Turks and others. Eurasian Nomads and the Sedentary World / Ed. by R. Amitai and M. Biran. Leyden; Boston: Brill, 2005. P. 291–308; *Pochekaev R.Yu.* Genghis Khan's Great Yasa – legal code or ideal «law and order»? // Chinggis Khaan and Globalization. International Academic Conference: Program and Abstracts. November 14–15, 2012, Ulaanbaatar, Mongolia. Ulaanbaatar, 2012. P. 87–88.

² «История Татар» Ц. де Брида / Пер. с лат. С.В. Аксенова и А.Г. Юрченко // Христианский мир и «Великая Монгольская империя». СПб.: Евразия, 2002. С. 116, 117.

садиться на плеть, проливать молоко и др.), являвшихся на самом деле старинными обычаями тюрко-монгольских народов Евразии³.

Уже в XV в. Чингис-хан стал считаться и создателем «торе» – довольно сложной политico-правовой категории, представлявшей собой совокупность древних тюрко-монгольских принципов организации государства, органов власти и взаимоотношений между монархом и подданными, возникших еще в древнетюркском обществе⁴. Так, известный персоязычный тимуридский историк Шихаб ад-Дин Абдаллах б. Лутфаллах ал-Хавафи, более известный как Хафиз Абру (ум. 1430) в своем сочинении «Дополнение к собранию сочинений Рашида» (или «Продолжение «Сборника летописей»») пишет: «Причиною вражды эмиров к Узбеку было то, что Узбек постоянно требовал от них обращения в правоверие и ислам и побуждал их к этому. Эмиры же отвечали ему на это: “Ты ожидай от нас покорности и повиновения, а какое тебе дело до нашей веры и нашего исповедания и каким образом мы покинем закон (тура) и устав (ясык) Чингиз-хана и перейдем в веру арабов?”»⁵. Среднеазиатский завоеватель Бабур, основатель империи Великих монголов в Индии, также пишет в своих «Записках»: «Мои предки и родственники всегда тщательно соблюдали законы Чингиза. В сбраниях, при дворе, во время празднеств, сидя и вставая – никогда они не шли наперекор установлениям Чингиза [в оригинале – «торе-и-Чингиз» – Р.П.]»⁶. А в XVI в. тюркские народы, исповедовавшие ислам, приписывали Чингис-хану и создание адатов – пра-

³ См. подробнее: Почекаев Р.Ю. «Закон», «обычай», «традиция» средневековых монголов в «Книге о тартарах» Иоанна де Плано Карпини // Вопросы истории и археологии Западного Казахстана. № 2. 2007. С. 146.

⁴ См. подробнее: Трапавлов В.В. Государственный строй Монгольской империи XIII в.: Проблема исторической преемственности. – М.: Восточная литература, 1993. – С. 39–41; Скрынникова Т.Д. Харизма и власть в эпоху Чингис-хана. М.: Восточная литература, 1997. С. 47; Почекаев Р.Ю. Эволюция торе в системе монгольского средневекового права // Монгольская империя и кочевой мир. – Улан-Удэ: Изд-во БНЦ СО РАН, 2004. С. 531–532.

⁵ Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды. Т. II. Извлечения из персидских сочинений, собранные В.Г. Тизенгаузеном и обработанные А.А. Ромасевичем и С.Л. Волиным. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1941. С. 141.

⁶ Memoirs of Zehir-ed-Din Baber, emperor of Hindustan, written by himself in the Jagatai Tirk / Transl. by J. Leyden and W. Erskine, notes and hist. intr. by C. Waddington. London: Longman, Rees, Orme, Brown and Green, 1826. P. 202, см. также: п. 5 (перевод наш – Р.П.). Ср.: Бабур-наме / Пер. М.А. Салье. Ташкент: Главная редакция энциклопедий, 1992. С. 195.

вовых обычаях, действовавших одновременно с шариатом. Например, в эпоху Ивана Грозного ногайские правители выстраивали отношения с Московским царством на основе «adet-i cengiziyye», т. е. «адатов Чингис-хана»⁷.

Чем объясняется такой феномен? Думаем, его можно связать с формированием особой идеологии, которую исследователи называют «чингизизмом». По мнению В.П. Юдина, предложившего этот термин, это была «новая религия» Монгольской империи, «философия высшего порядка»⁸. Однако мы уже предпринимали попытку показать, что такое понимание чингизизма является не совсем корректным⁹. Культ Чингис-хана, несомненно, существовал: вышеупомянутый Бенедикт Поляк отмечает, что монголы «когда-то сделали идол Чингис-хана, который они устанавливают перед юртой всякого [правящего] канна и приносят ему дары»¹⁰; другие иностранные современники и хронисты также упоминают «золотую статую Чингис-хана». Однако поклонение изображению Чингис-хана являлось «семейным культом» потомков Чингис-хана, возникшим в рамках культа почитания предков, распространенного среди народов Центральной и Восточной Азии – тюрков, монголов, китайцев и др.¹¹ Общегосударст-

⁷ Bennigsen A., Veinstein G. La Grande Horde Nogay et le commerce de steppes pontiques (fin XVe siècle – 1560) // Turkiye'nin sosyal ve ekonomik tarihi, 1071–1920. Ankara, 1980. P. 58. Русская версия: Беннигсен А., Вайнштейн Ж. Большая Ногайская Орда и торговля в Причерноморских степях (конец XV в. – 1560-е гг.) // Восточная Европа Средневековая и раннего Нового времени глазами французских исследователей: Сб. статей / Отв. ред. И.А. Мустакимов, А.Г. Ситдиков; науч. ред. И.В. Зайцев, Д.А. Мустафина, ввод. ст. В.В. Трапавлова. Казань: Ин-т истории АН РТ, 2009. С. 363.

⁸ Юдин В.П. Орды: Белая, Синяя, Серая, Золотая... // Утемиш-хаджи. Чингиз-наме / Факсимиле, пер., транскрипция, текстол. примеч., исслед. В.П. Юдина. Алма-Ата: Гылым, 1992. С. 16.

⁹ См.: Почекаев Р.Ю. Роль «чингизизма» в политико-правовом развитии тюрко-монгольских государств XIII–XV вв. (историко-правовой комментарий к концепции В. П. Юдина) // Восточная Европа в древности и средневековье. XXIII чтения памяти члена-корреспондента АН СССР В.Т. Пашуто. Ранние государства Европы и Азии: проблемы политогенеза. Москва, 19–21 апреля 2011 г. М., 2011. С. 232–236.

¹⁰ «История Татар» Ц. де Бридиа. С. 116.

¹¹ См.: Юрченко А.Г. Золотая статуя Чингис-хана («мобильные» святыни Монгольской империи) // Святыни: археология ритуала и вопросы семантики: Материалы тематической научной конференции. Санкт-Петербург, 14–17 ноября 2000 г. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2000. С. 21–22.

венным почитание Чингис-хана в Монголии стало лишь в 1990-е гг. как символ независимости и единства нации¹². Таким образом, чингизизм являлся специфической политico-правовой идеологией – именно в силу того, что Чингис-хан признавался создателем монгольской государственности (до сих пор эпоха Чингис-хана считается «золотым веком» монгольского народа, пиком его политического развития) и, соответственно, реформатором монгольской государственности и права. Этот образ впоследствии был перенесен и на тюркские и монгольские государства, в которых правили потомки Чингис-хана – от Крыма (где Чингизиды сохраняли власть до последней четверти XVIII вв.) до Казахстана (где потомки Чингис-хана оставались у власти до середины XIX в.) и собственно Монголии (в которой прямые потомки Чингис-хана правили до начала 1920-х гг.).

Однако Чингизиды не ограничились просто приданием своему родоначальнику образа создателя Великой Ясы и даже творца всего тюрко-монгольского права. Это было бы слишком просто и нерационально, а потомки основателя Монгольской империи отличались удивительной рациональностью и исключительным прагматизмом. Поэтому они стали «эксплуатировать» образ Чингис-хана – законодателя для создания разного рода правовых фикций и даже откровенных фальсификаций, преследуя собственные политические цели.

Прежде всего, с легкой руки Чингизидов и их советников из числа представителей оседлых культур (и, соответственно, носителей традиции писаного права и кодифицированного законодательства) совокупность отдельных указов и распоряжений Чингис-хана уже к середине XIII в. превратилась в «Великую книгу Ясы»¹³ – свод законов, которого никогда на самом деле не существовало.

¹² В ноябре 2012 г. автору этих строк довелось поучаствовать в церемонии поклонения духу Чингис-хана в рамках торжеств, посвященных 850-летию со дня рождения основателя Монгольской империи. Церемония выглядела весьма впечатляюще и в полной мере была проникнута духом средневековья, включая и участие в ней президента Монголии в национальном монгольском одеянии, и его телохранителей в форме ханских нукеров.

¹³ *Juvaini Ata-Malik. The History of the World-Conqueror / Transl. from text of Mirza Muhammad Qazvini by J.A. Boyle, introduction and bibliography by D.O. Morgan. Manchester University Press, 1997. P. 25.* См. также: *Ayalon D. The Great Yasa of Chingiz Khan: A Reexamination. Part A // Studia Islamica. № 33. 1971. P. 105–106, 139.*

Затем потомки Чингис-хана стали приписывать ему правовые установления, которых он никогда не создавал. Но поскольку именно Чингизиды считались главными знатоками законодательства Чингис-хана, никто не имел возможности уличить их в фальсификациях. Ссылки же на Чингис-хана придавали таким установлениям высшую юридическую силу.

Так, уже Угедэй, сын Чингис-хана и его преемник на троне Монгольской империи, в 1235 г. «захотел собрать еще раз всех сыновей, родственников и эмиров и заставить их вновь выслушать ясу и постановления»¹⁴. Несомненно, если бы цель курултая (съезда монгольской знати) была именно в этом, его созыв был бы бессмысленным, поскольку именно перечисленные категории и являлись, как уже отмечено выше, знатоками законодательства Чингис-хана. По-видимому, Угедэй намеревался ознакомить имперскую элиту с собственными правовыми новациями, приписав их своему отцу, чтобы обеспечить большую действенность новых правовых норм.

В последней трети XIII в. монгольскому хану Хубилаю (основателю империи Юань в Китае) противостоял Хайду – внук Угедэя, сам претендовавший на трон великого хана. Он утверждал, что в «Великой книге Ясы» содержится распоряжение Чингис-хана о том, что только потомки Угедэя имеют право занимать ханский трон – соответственно, Хубилай (сын Тулуя, брата Угедэя) является узурпатором¹⁵. Подобное утверждение являлось фальсификацией вдвойне: во-первых, не существовало «Великой книги Ясы», во-вторых, Чингис-хан не мог сделать такого распоряжения, поскольку монгольские ханы традиционно избирались на курултае, из числа всех его потомков, так что власть по наследству не передавалась¹⁶. Однако для приверженцев Хайду апеллирование к мнимой воле Чингис-хана уже было достаточным основанием доверять своему предводителю, что позволило ему в течение тридцати лет противостоять Хубилаю и его потомкам.

¹⁴ Рашид ад-Дин. Сборник летописей. Т. II / Пер. с перс. Ю.П. Верховского, примеч. Ю.П. Верховского и Б.И. Панкратова, ред. И.П. Петрушевский. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1960. С. 35.

¹⁵ Geschichte Wassaf's / Pers. heraus. und Deutsch über. von J. Hammer-Purgstall. Bd. I. Wien, 1856. S. 126. См. также: Morgan D.O. The «Great Yasa of Chingis Khan»... P. 170.

¹⁶ См. подробнее: Султанов Т.И. Чингиз-хан и Чингизиды. Судьба и власть. М.: АСТ, 2006. С. 65 и след.

Не оставались в долгу и противники Хайду. Например, персидские ильханы – потомки Хулагу (брата Хубилая), утверждали, что именно их род достоин занимать ханский трон, поскольку они лучше других Чингизидов соблюдали Ясу Чингис-хана¹⁷. Поскольку никто в Монгольской империи не мог знать всех указов и распоряжений ее основателя (ведь многие из его указов даже не были зафиксированы в письменной форме), никто, соответственно, не мог уличить Хулагуидов во лжи или подтвердить правдивость их заявления.

Еще одним ярким примером является судебное решение Мухаммада Шайбани-хана – потомка Чингис-хана в тринадцатом поколении, основавшего в начале XVI в. Бухарское ханство. Хан разбирал спор о наследовании между вторым сыном наследодателя и внуком от старшего, рано умершего, сына. Поскольку сам хан позиционировал себя как ревностного приверженца ислама, то суд, естественно, осуществлялся в соответствии с нормами шариата, а «согласное мнение улемов сходится на том, что внук при наличии сына наследства не получает, будь это внук от живого сына или сына, умершего при жизни отца, который является дедом этого внука». Однако сам Мухаммад Шайбани-хан склонялся в пользу внука-наследника, но, не находя в мусульманском праве нормы в пользу своей позиции, заявил, что «в ясе Чингизхановой сказано, что внук, отец которого умер при жизни деда, в наследовании приравнивается к родному сыну» и «[велел] поступать по установлению Чингиз-хана»¹⁸. Между тем все дошедшие до нас акты волеизъявления Чингис-хана носили исключительно публичный характер, и в частные правоотношения ни он, ни последующие ханы-законодатели принципиально не вмешивались, предоставляя их регулирование местному обычному или религиозному праву¹⁹. Соответственно, никакого «установления Чингиз-хана» о наследова-

¹⁷ См.: *Ayalon D. The Great Yasa of Chingiz Khan: A Reexamination. Part B // Studia Islamica. № 34. 1971. P. 157–159.*

¹⁸ *Фазлалах ибн Рузбихан Исфахани*. Михман-наме-йи Бухара («Записки бухарского гостя») / Пер., пред., прим. Р.П. Джалиловой; под ред. А.К. Арендса. М.: Наука, 1976. С. 59–60. См. также: *Isogai K. Yasa and Shari'a in Early 16th century-Central Asia // Cahiers d'Asie centrale. № 3/4. 1997. P. 91–93.*

¹⁹ См.: *Крадин Н.Н. Эволюция социально-политической организации монголов в конце XII – начале XIII века // «Тайная история монголов»: источникование, филология, история. Новосибирск: Наука, 1995. С. 55.*

нии имущества внуком или сыном наследодателя быть не могло. Тем не менее, авторитет Чингис-хана-законодателя (в сочетании с авторитетом и властью самого Шайбани-хана) не позволили судьям и самим тяжущимся усомниться в решении хана. Более того, некоторое время спустя придворные правоведы и богословы Мухаммада Шайбани-хана сумели обнаружить мнение какого-то малоизвестного улема (мусульманского правоведа), которое в некоторой степени было сходно с нормой, приписанной бухарским ханом своему предку²⁰.

Система источников права, созданных в Монгольской империи и тюрко-монгольских государствах – ее преемниках (законы, указы и распоряжения, позднесредневековые кодификации) иногда именуется исследователями «чингизовым правом»²¹. Принимая во внимание образ Чингис-хана как законодателя, создателя тюрко-монгольского права, созданный его потомками, присыпание ему авторства даже тех правовых норм, к которым он не имел отношения, такое название выглядит не столь уж некорректным.

*Д.В. Лукъянов**

КОНФЛИКТ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ В ЕВРОПЕ

Современная традиция европейского права тесно связана с христианским учением. В научных трудах многих ученых обоснованно доказано, что христианство, в частности каноническое право, является одним из столпов, на котором построено романо-германское право и, соответственно, правовые системы отдельных европейских государств.

²⁰ *Фазлаллах ибн Рузбихан Исфахани*. Михман-наме-йи Бухара. С. 61.

²¹ См., напр.: *Бейсембаев Т.К.* Чингизово право на Востоке и политико-правовые учения в соседних регионах (на примере сарматизма в Речи Посполитой XVI–XVIII вв.) // Известия АН Казахской ССР. Серия общественных наук. № 4. Алма-Ата, 1991. С. 26–32.

* **Лукъянов Д.В.** – кандидат юридических наук, доцент, начальник управления планирования и координации правовых исследований Национальной академии правовых наук Украины.

Гарольд Берман в своей работе «Западная традиция права: эпоха формирования» отмечает, что каноническое право становится в XII в. первой современной правовой системой Запада. Сама церковь впервые стала рассматриваться как юридическая система, как правовое государство со сложной системой управления¹. В результате папской революции церковь стала особым политico-правовым образованием в Европе. Не будучи государством, она приобрела многие его признаки и объявила себя независимой, иерархической, публичной властью. Церковь толковала свои законы и применяла их посредством судебной системы, вершиной которой была папская курия в Риме. Таким образом, она осуществляла законодательные, административные и судебные полномочия современного государства². Со временем, как отмечает Г. Берман, система канонического права и система управления были заимствованы государствами, которые формировались в последующие эпохи³.

Патрик Глен также отмечает, что каноническое право вместе с римским в наибольшей мере повлияло на становление европейских правовых систем⁴.

В то же время в конце XX – начале XXI в. мировые глобализационные процессы изменяют привычный для нас мир. Значительная миграция населения привела к существенному изменению структуры национальных и религиозных общин, проживающих в Европе. Наиболее быстрыми темпами во всех европейских странах растет численность мусульманской общины. По различным оценкам количество мусульман в Европе превысило 44 млн. человек, что составляет 6% населения. Согласно социологическим прогнозам тенденция увеличения количества мусульманского населения и его судьбы в обществе сохранится в последующие десятилетия. Так, согласно прогнозу The Pew Research Center, мусульманская община в Европе к 2030 г. увеличится до 58 млн человек, что составит уже 8% населения.

Филипп Дженкинс из Университета Пенсильвании прогнозирует, что к 2100 г. мусульмане будут составлять уже 25% насе-

¹ Berman Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition / Harold J. Berman. Harvard University Press. 1997. P. 530.

² Там же. Р. 113, 114.

³ Там же. Р. 521.

⁴ Glen Patrick H. Legal Traditions of the World / H. Patrick Glen. Oxford University Press Inc. New York. 2004. P. 133.

ния Европы⁵. Таким образом, проблема сосуществования в европейских государствах различных религиозных общин не только не исчезнет сама собой, а со временем станет еще более сложной. Как указанные демографические изменения повлияют на различные социальные процессы в Европе, спрогнозировать сложно, но большинство ученых считает, что влияние ислама на общественные отношения будет все более ощутимым.

Известные футурологи Элвин и Хейди Тоффлер предполагают, что постепенно центры христианства переместятся в Латинскую Америку, а влияние ислама в Европе будет все более ощущаемым на все сферы жизни – политику, экономику, культуру и т.п.⁶ Филипп Дженкинс, автор работы «Христианство будущего» также признает, что со второй половины XX в. главные центры христианского мира решительно смещаются в Африку, Латинскую Америку и Азию⁷. В этом плане нельзя не вспомнить об избрании Римским папой аргентинского кардинала Хорхе Марио Берголио.

Последние десятилетия показывают рост количества и масштабности социальных конфликтов между мусульманской и другими общинами Европы. Так, в конце 2004 – в начале 2005 гг. значительную остроту приобрел конфликт во Франции относительно права мусульманок носить хиджаб – традиционный платок, покрывающий голову и шею за исключением лица. В феврале 2005 года был принят закон, который запретил в государственных учреждениях и образовательных заведениях носить любые знаки, демонстрирующие религиозную принадлежность лица, в том числе и хиджаб. Это привело к массовым демонстрациям мусульман, которые заявляли об ограничении их прав.

В конце 2005 – в начале 2006 г. разгорелся конфликт после публикации в датской газете *Jyllands-Posten* карикатур на пророка Мухаммеда, которые должны были продемонстрировать протест против цензуры и поддержку принципа свободы слова в средствах массовой информации. Как следствие значительные выступления

⁵ Comment / Richard Dawkins foundation // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://richarddawkins.net/comments/905172>

⁶ O'Rourke C. General discussions message board / C. O'Rourke // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://www.alvintoffler.net/>, (Last visited Apr. 23, 2012)

⁷ Jenkins Philip Demographics, Religion, and the Future of Europe, Orbis / Philip Jenkins. A Journal of World Affairs. 2006. Vol. 50. no. 3. P. 533.

за и против публикации карикатур охватили большинство европейских стран и мусульманских государств, вызвав напряжение и опасность насилия.

Главной причиной подобных конфликтов являются достаточно глубокие различия в культурной традиции мусульманского мира и преимущественно христианской Европы. Вследствие этого формируется достаточно разная шкала ценностей, которую каждое общество старается поддерживать и защищать. Таким образом, ситуация с карикатурами есть решение вопроса о том, какая из ценностей имеет преимущество – свобода слова или неприкосновенность религиозных символов.

Религиозный вопрос является одним из самых актуальных в современной Европе, которая пытается понять, как жить в новых социальных условиях. Вариантов решения несколько: 1) признание и закрепление христианской традиции как фундамента социальной и правовой системы Европы с соответствующим игнорированием мусульманской традиции; 2) дистанцирование от всех религий, последовательное проведение секуляризации государства и права; 3) признание прав религиозных общин, в том числе мусульманской, на регулирование отдельных сфер жизни на основе собственных норм.

Все страны Европы пытаются найти определенный путь решения новой для себя проблемы. Однако единства в этом вопросе не наблюдается, разные страны выбирают иногда противоположные пути развития отношений с мусульманской общиной. Показательным является сравнение политики Франции и Великобритании. Франция начиная с XVIII в. проводит политику секуляризации, четкого отграничения церкви от государства и образования. В 1905 г. был принят закон о разграничении церкви и государства. Закон был основан на принципах нейтралитета государства, свободы религиозной практики и общественных сил, связанных с церковью⁸. Закон провозглашал, что Республика не признает, не оплачивает и не субсидирует никакой религии. В 2004 г. был принят уже упомянутый закон, запрещающий ношение любых религиозных символов в государственных учреждениях и учебных заведениях. В 2011 г. принят закон о запрете совершения религиозных обрядов на улицах, кото-

⁸ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.
[Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://fr.wikisource.org>

рый был направлен, прежде всего, против распространенной практики осуществления в общественных местах молитвы мусульман.

В Великобритании проводится иная политика во взаимоотношениях с мусульманской общиной. Несмотря на тот факт, что в Великобритании Англиканская христианская церковь имеет статус государственной, все другие религии, в том числе ислам, имеют все демократические права и гарантии для развития.

Значительную огласку приобрело выступление в 2008 г. главы Англиканской церкви – архиепископа Кентерберийского Роуэна Уильямса на тему «Гражданское и религиозное право в Англии: религиозная перспектива», которое состоялось в Королевском суде в рамках цикла публичных дискуссий «Ислам и английское право». Архиепископ заявил о необратимости включения норм шариата в британское законодательство. По его мнению, Великобритания должна признать, что некоторые жители страны не связывают себя пределами существующей правовой системы. Включение определенных правил шариата в юридическую практику способствовало бы сохранению единства в британском обществе, поскольку в таком случае мусульманам не пришлось бы выбирать между преданностью национальной культуре и верностью стране⁹.

В то же время правовая система Великобритании уже фактически делает шаги навстречу мусульманской общине в вопросах признания и применения шариата. Еще в 2003 г. Британское правительство на законодательном уровне признало существование полигамных браков, которые признаются в мусульманском праве, и изменило некоторые нормативные акты¹⁰.

Так, в 2008 г. в Великобритании официально начал работу первый мусульманский суд, который был образован в соответствии с Законом об арбитраже 1996 г.¹¹. Он основан учеными и законоведами Исламского университета в городе Нуэтон. К его компетен-

⁹ Civil and Religious Law in England: a religious perspective /, available at // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://www.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137>.

¹⁰ The Tax Credits (Polygamous Marriages) Regulations 2003 // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/742/contents/made>

¹¹ Arbitration Act 1996 // [Электрон. Ресурс]. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

ции относятся коммерческие, гражданские, семейные дела, а также некоторые случаи насилия в семье и соседские споры. Мусульманский суд является негосударственным органом добровольного рассмотрения споров в случае, если обе его стороны согласны и обратились в суд с просьбой рассудить их¹². Это – первый мусульманский арбитражный суд, официально признанный властями, решения которого являются юридически обязательными. Однако фактически в Великобритании подобные мусульманские суды существуют уже несколько десятилетий, а некоторые исследователи насчитали их более 80 в разных частях страны¹³. Кстати, необходимо вспомнить, что Великобритания способствует созданию арбитражных судов не только для мусульман, но и иудеев, которые пользуются его услугами уже много лет¹⁴.

Могут ли сосуществовать различные правовые системы в пределах одного государства? Такой опыт есть во многих странах мира, в том числе и некоторых европейских. Показателен опыт применения нескольких правовых систем в Республике Кипр. Правовая система Кипра в целом построена по английскому образцу, однако признает действие некоторых религиозных систем права – шариата для мусульманской общины и канонического для христианской общины. Согласно ст. 111 Конституции Кипра любой вопрос относительно помолвки, брака, развода, судебного разделения или реституции супружеских прав или семейных отношений должен регулироваться правом греко-православной церкви или соответственно церкви другой религиозной группы, которое применялось на 1960 г., и должен быть подсудным судам такой церкви. Более того, Конституция запрещает законодательной власти вторгаться в указанную сферу¹⁵.

¹² Sunday Mercury // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://www.sunday-mercury.net/news/midlands-news/2008/09/07/muslim-college-in-midlands-is-running-sharia-law-court-66331-21696968/>

¹³ Doughty S. Britain has 85 sharia courts: The astonishing spread of the Islamic justice behind closed doors / S. Doughty// [Электрон. Ресурс]. Режим доступа: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1196165/Britain-85-sharia-courts-The-astonishing-spread-Islamic-justice-closed-doors.html>

¹⁴ The Beth Din, Jewish Courts in the UK, the Centre for Social Cohesion L. SW1P 3AY. 2009.

¹⁵ Χαρετισμός του Προέδρου στα ευκαίνια της εταιρείας Mastermind Shipmanagement // [Электрон. ресурс]. Режим доступа: <http://www.presidency.gov.cy>

Таким образом, на наш взгляд, именно третий путь – признание прав религиозных общин, в том числе мусульманской, на регулирование отдельных сфер жизни на основе собственных норм – может привести к религиозному согласию в Европе. Вместе с тем он предусматривает определенный плюрализм права, применимого к различным общинам, и возможность лицам самим выбирать, каким правом пользоваться. Гарольд Берман подчеркивает, что двойственность церковной и светской юрисдикции является одной из основных черт формирования западной традиции права, которая стала источником развития права и источником свободы¹⁶. Поэтому не надо опасаться непривычных нам, европейцам, систем права.

Принципиальным в этом случае будет вопрос о разграничении сфер общественной жизни, которые должны регулироваться для всех одинаково, и сфер, которые могут регулироваться для различных общин по-разному. Возможность применения религиозного, в частности мусульманского права, должна распространяться лишь на сферу частного права и, прежде всего, семейное и наследственное право. В то же время общие принципы европейского права – демократия, права человека, правовое государство, верховенство права и другие, закрепленные в публичном праве, должны оставаться едиными для всех граждан, независимо от их религиозной принадлежности.

*В.В. Соловьева**

ВЛИЯНИЕ КОНСТИТУЦИИ ФИЛИППА ОРЛИКА НА ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ УКРАИНЫ

Сегодня Украина, которая когда-то на протяжении столетий боролась, завоевывала и по разным причинам утрачивала свой суверенитет, снова находится на пути созидания собственной го-

¹⁶ Berman Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition / Harold J. Berman. Harvard University Press. 1997. P. 10.

* Соловьева В.В. – доктор исторических наук, профессор, заведующая кафедрой истории и теории государства и права Бердянского университета менеджмента и бизнеса.

сударственности. Именно поэтому объективно необходимо учитывать не только позитивный зарубежный опыт государственно-го строительства, но и богатейший – отечественный.

В апреле 2013 г. исполнилось чуть больше 300 лет одной из первых конституций не только в Европе, но и в мире, известной в украинской историко-правовой литературе как Конституция Филиппа Орлика, или Бендерская конституция 1710 г. Как справедливо отмечают ученые, принципы организации государственной власти, сформулированные в этом документе, демократический дух, пронизывающий весь текст Конституции, дают основание считать ее одним из выдающихся правовых памятников Европы начала XVIII в. Уникальность этого юридического документа состоит, прежде всего, в том, что когда в европейских государствах утверждался абсолютизм власти, казачья элита в лице гетмана предложила юридическую форму договора, основные идеи которого объединялись с народным суверенитетом и закреплением распределения функций государственной власти. Ценность Конституции Ф. Орлика «как документа на изломе средневекового и нововременного конституционализма» заключается в том, что он вобрал в себя наработки европейской политico-правовой мысли и украинской демократической правовой традиции¹. Следует подчеркнуть, что Бендерская Конституция почти на 70 лет опередила Декларацию независимости США (1776 г.), почти на 80 – одну из первых в мире Конституцию США (1787 г.), французскую Декларацию прав человека и гражданина (1789 г.) и первые европейские конституции Польши и Франции (1791 г.)². Значение Конституции обусловлено тем, что в ней отражены мировоззренческие ценности тогдашней казачьей старшины, которая хотела нормировать жизнь в соответствии с собственными обычаями, традициями, законами³. Конституция учитывала не только интересы козачества, но и регламентировала жизнедеятельность других украинских социальных слоев (духовенства, мещан, купечества, крестьянства).

¹ Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю.С. Шемшушенка. К.: Юридична думка, 2007. С. 388.

² Малишко М.І. Конституції зарубіжних країн та України (основи конституціоналізму) / М. І. Малишко. К. : МАУП, 2000. С. 11.

³ Українське коріння європейської демократії // Голос України. 2002. 21 травня. С. 1, 6.

Ученые располагают несколькими вариантами перевода с латинского языка полного названия и текста этого документа. Широко распространенной является редакция, предложенная преподавателями Киевского национального университета им. Тараса Шевченко, которую заимствовали другие известные украинские ученые: Ю.С. Шемшученко, К.В. Манжула, А.Г. Слюсаренко и Н.В. Томенко, В.Ф. Погорилко⁴. В соответствии с ней документ имеет следующее название: «Пакты и Конституции законов и вольностей Войска Запорожского между ясновельможным паном Филиппом Орликом, новоизбранным Гетманом Войска Запорожского и между старшиной, полковниками, а также названным Войском Запорожским, принятые публично решением обеих сторон и подтвержденные на свободных выборах установленной присягой названным ясновельможным Гетманом, года Божьего 1710, апреля 5, в Бендерах».

Сегодня, когда для широкого круга читателей стал доступен оригинал конституции на староукраинском языке (обнаружен в 2008 г. в Российском государственном архиве древних актов), целесообразно к этому документу применять более точное адаптированное название «Договоры и постановления прав и вольностей ...», а не «Пакты и конституции»⁵.

Однако цель статьи состоит в выяснении роли и значения Конституции Ф. Орлика для построения национальной государственности и развития конституционного процесса в украинском измерении, поэтому попытаемся проанализировать сам документ.

Напомним, что после смерти гетмана Ивана Мазепы (1709 г.) на козацкой раде в Бендерах (современная Молдова) почти 4,5 тысячи украинских козаков, эмигрировавших после поражения в Полтавской битве в Молдавское княжество, избрали себе нового

⁴ Шемшученко Ю.С. (відп. ред.). К.:Інститут держави і права ім. В.М. Ко рецького, 2001. С. 8–30; Манжула К.В. Конституція Пилипа Орлика – історико-правова пам'ятка XVIII ст. / К.В. Манжула. Х.: Основа, 1996. С. 26; Слюсаренко А.Г. Історія української конституції / Слюсаренко А.Г., Томенко М.В. К.: Знання України, 1993. С. 25; Погорілко В.Ф. Конституційне право України: підручник [акад.курс] / Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. ; за ред. Погорілка В.Ф. К.: Юридична думка, 2006. С. 65.

⁵ Договори і постанови // Упорядник Алфьоров О. К.: Темпора, 2010. С. 18–97.

лидера Филиппа Орлика, который отражал политические взгляды и интересы не только мазепенских эмигрантов, но и многих однодумцев, оставшихся в Украине⁶. И уже 5 апреля (16 апреля по новому стилю) 1710 г. принимается конституционный акт, в создании которого помимо Ф. Орлика, участвовали А. Войнаровский, К. Гордиенко, Д. Горленко, И. Ломиковский, И. Максимович (представители казачьей старшины), как юридический документ, который должен был регулировать основные конституционные вопросы в Украинском Казацко-Гетманском государстве (Войске Запорожском) после его окончательного выхода из состава Московского царства⁷.

Следует согласиться с мнением ученых Л.Г. Мельника и П.А. Рудика о том, что этот документ имел определенную антироссийскую направленность, поскольку исходил от узкой группы старшины, которая, пребывая в эмиграции, старалась привлечь на свою сторону население Левобережной Украины, одинаково страдавшее как от «своей» старшины, так и от российских воевод⁸.

Далее авторы обращают внимание на то, что внешне Конституция не представляла собой акт, который бы содержал точно сформулированные нормы, мало того, во многих местах вопросы о нормах лишь ставятся, а право их формулирования предоставляется гетману⁹. Л.Г. Мельник убежден, что юридическая мысль у старшины, прибывавшей в эмиграции, еще недостаточно выкисталлизовалась для того, чтобы быть облеченою в четко определенные положения. Однако это не умаляет значение рассматриваемого документа. В нечетких описательных формулировках Конституции достаточно ясно вырисовывается идеологическое желание старшины играть руководящую роль в делах Гетманщины после отторжения ее от Московского царства (как

⁶ Салтовський О.І. Концепція української державності в історії вітчизняної політичної думки (від витоків до початку ХХ сторіччя) / Салтовський О.І. К.: Вид-во ПАРАПАН, 2002. С. 84–85.

⁷ Кресін О.В. Політико-правова спадщина української еміграції першої половини XVIII століття. К., 2001. С. 206.

⁸ Мельник Л.Г. Конституція 1710 року П.Орлика // Вісник Київського університету ім. Тараса Шевченка; історико-філологічні науки. К.: Либідь, 1991. Вип. 2. С. 4.

⁹ См: Рудик П.А. Міркування щодо висвітлення деяких положень Конституції Пилипа Орлика // Часопис Київського університету права. 2010. № 4. С. 35.

планировали Ф. Орлик и старшина) при помощи иностранной военной силы¹⁰. Н. Яковенко высказывает предположение о том, что «Вероятнее всего, именно Орлику принадлежит идея, а возможно и авторство, соглашения между гетманом, с одной стороны, и старшиной и войском – с другой».

Это соглашение «Pacta et constitutions legume libertatumgue Exercitus Zaporovesnsis» нередко с наивным энтузиазмом трактуют как «первую конституцию Украинской державы». На самом деле составители акта 1710 г. задумывали его как традиционные для Речи Постолитой *pacta conventa* (договорные пункты), соблюдая которые избранный властелин (там-король, тут – гетман) присягал перед «свободным» народом (там – шляхтою, тут казаками).

Идеал договорного правления представлял собой стержень речпосполитской политической культуры, и именно на этот образец ориентировались Орлик и его старшина, давая соглашению даже идентичное речпосполитское название – *pacta et constitutions*. Другое дело, что принятие Войском Запорожским собственных «договорных пунктов» стало действительно настоящим событием, поскольку свидетельствовало о политической зрелости казацкого государства, которое впервые осознало себя и на формальном уровне зафиксировало разделение прав и обязанностей между гетманом и «казацким народом»¹¹.

Заслуживает поддержки точка зрения на проблему П. Музиченко, который считает, что основное содержание Конституции Ф. Орлика свидетельствовало о его намерениях и уверенности вернуться из временной эмиграции на Родину, где Конституция имела бы юридическую силу на всей территории, и что на момент составления договора он был абсолютно реальным, а не чисто теоретическим проектом, каким он стал позже, когда возвращение Орлика в Украину было уже невозможным. Историческое значение документа заключается прежде всего в том, что он явился первым конституционным актом в Украине¹².

¹⁰ См: Мельник Л.Г. Указ. праця. С. 4.

¹¹ Яковенко Н. Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України. 2-ге вид. К., 2005. С. 420.

¹² Музиченко П. Історія держави і права України: навч. посібник. К., 2001. С. 150.

Аналогичной позиции поддерживается А. Кресин, который делает ударение на том, что «Пакты...» 1710 г. стали первым украинским внутренним конституционным актом, установившем в Войске Запорожском такую форму правления, которую можно определить как парламентско-президентскую республику. Впервые в украинской истории были созданы основы представительского правления и парламентаризма. «Пакты...» распределяли властные полномочия, принадлежавшие царю, между органами власти Войска Запорожского и создавали правовые предпосылки для преодоления разрыва между политическим и правовым процессами. Впервые была урегулирована проблема государственно-го устройства Войска Запорожского, созданы условия для вхождения в него Запорожской Сечи. «Пакты...» систематизировали и расширили положения, которые были апробированы в договорах Войска Запорожского с Российским государством, подытожили основное содержание конституционных нововведений времен Ивана Мазепы и достижения украинской политической и правовой мысли, тем не менее, считаем, что «Пакты...» были органичным продолжением развития украинских политических и правовых практики, мысли, культуры¹³.

Структурно, Конституция Орлика состояла из двух частей – декларативной и, собственно – общественного договора, который подразделялся на 16 пунктов. Среди декларативных положений, которым посвящена преамбула и первые три статьи документа, можно выделить следующие: 1) концепция этнично-государствен-ной истории украинской нации; 2) государственная независимость Украины; 3) православная вера как государственная религия; 4) незыблемость и неприкосновенность государственных границ; 5) утверждение шведской протекции над Украиной; 6) необходимость установления дружественных и союзнических отношений с Крымским ханством¹⁴.

Главное, на что была ориентирована Конституция – это решение проблемы национального суверенитета, определение территории украинского государства, обеспечение демократиче-

¹³ Кресін О.В. Політико-правова спадщина української еміграції першої половини XVIII століття / О.В. Кресін. К., 2001. С.24.

¹⁴ Кресіна І. Пилип Орлик і його Конституція. К., 1997. С.36.

ских прав человека. Ее отличительной чертой был закрепленный принцип разделения власти на законодательную (Генеральная Рада, которая должна была собираться трижды в год), исполнительную (сам Гетман и Генеральная старшина) и судебную (Генеральный суд, который должен был рассматривать значимые для государства судебные дела). Известный украинский ученый-юрист О.Ф. Фрицкий отмечает: «Этим были выработаны незнакомые еще в Европе демократические основы общественной жизни¹⁵.

Конституция отражала важнейшие основы парламентаризма, прежде всего избирательное право, субъектами которого были все, кто принадлежал к «народу казацкому». С точки зрения народовластвия имело значение внедрение выборности всех должностных лиц – Гетмана, Генеральной старшины, генеральных радников, полковников. Устанавливался механизм и сроки проведения выборов, определялось, кто обязан на них присутствовать. Все парламентарии должны были присягать на верность государству. Они имели право требовать отчета от Гетмана о его деятельности, т.е. Конституция закрепляла старую казаческую традицию – присягать на верность народу и Отчизне. Гетман же обязывался согласно требованиям Конституции уважать своих старшин, считать их побратимами, а не слугами¹⁶. Таким образом, Украина переходила к территориальному представительству. Выдвигалось требование дисциплины, обязательности пребывания соответствующих представителей на сессиях. По сути, в ст. 6 Конституции закладывались основы современной модели парламентаризма. Однако нынешняя практика украинского парламентаризма свидетельствует о том, что не всегда избранники народа дисциплинированы и должным образом выполняют свои депутатские обязанности.

В Конституции акцентировалось внимание на том, что лица, собравшиеся на сессии Генеральной Рады, должны заботиться не о личных, а об общих интересах. Устанавливалось положение, что когда на сессии ясновельможный Гетман предложит какой-нибудь

¹⁵ Фрицький О.Ф. Конституція – основний закон держави // Конституційне право України. К., 2004. С.60.

¹⁶ Хрестоматія з історії держави і права України / За ред. Гончаренка В.Д. К., 2003. С. 190.

вопрос для обсуждения, все должны давать правильные советы таким способом, чтобы не нанести вред чести Гетмана или делам Отчизны¹⁷. Можно предположить, что речь идет о депутатской этике в современном понимании, недопустимости нанесения вреда своему государству.

Очень интересна также идея контроля за действиями ясновельможного Гетмана со стороны генеральных старшин и принципа гласности. В той же ст. 6 устанавливается, что в случае, когда прибывают письма от «иностранных государств», которые направлены Гетману, их содержание должно обговариваться с Генеральной старшиной, для того, чтобы не нанести вреда безопасности отчизны и гражданскому благу¹⁸. Это положение является очень важным для ответственного отношения к обеспечению общенациональных интересов и общего блага, т.е. речь идет о создании эффективного механизма взаимодействия в системе власти.

Подытоживая вышеизложенное, можно отметить, что: 1) хоть Конституция Ф. Орлика не является основным законом в соответствии с современной юридической трактовкой, ввиду того, что не имеет систематизированного изложения государственно-правовых основ, тем не менее, она не только декларирует программу действий Гетмана, Генеральной Рады, но и комплексно охватывает почти все сферы конституционного процесса; 2) основная задача Конституции – создать жизнеспособную, конкурентоспособную, сбалансированную систему функционирования и взаимодействия органов государственной власти; 3) заложенные в Конституции идеи сыграли свою позитивную роль в историческом развитии Украины, становлении ее как суверенного и независимого государства.

¹⁷ Долматова Н. Пакти й конституція законів вольностей Війська Запорізького Пилипа Орлика в історії українського конституціоналізму // Конституційне будівництво в Україні: теорія та практика : матеріали міжнар.наук.-практ. конф. Ужгород, 1-3 червня, 2000 р. С. 148.

¹⁸ Кузьма Т. Організація державного апарату: від Київської Русі до конституції Пилипа Орлика // Актуальні проблеми вітчизняної та всесвітньої історії: збірник наукових праць. Рівне: Рівненський державний гуманітарний університет, 2009, Вип. 16. С. 16.

*Д.Ю. Полдников**

ЭЛЕМЕНТЫ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ IUS COMMUNE В ТЕОРИЯХ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ (НА ПРИМЕРЕ ДВУХ ПРИНЦИПОВ ДОГОВОРНОГО ПРАВА)¹

Правовое учение сторонников естественного права Нового времени в Западной Европе принято считать крупным шагом в развитии европейской правовой мысли. Опираясь на достижения научной революции XVII в., сторонники «права Разума» якобы полностью порвали связи со средневековой юридической школой, как по форме, так и по содержанию.

В настоящем докладе мы продемонстрируем на материале двух важнейших принципов договорного права, что формирование постулатов классического естественного права могло происходить не вопреки, а благодаря традиции *ius commune* позднего Средневековья. Речь пойдет о принципах обязательности и свободы договора в произведениях ведущих представителей естественного права – голландца Гуго Гроция (1583–1645) и немцев Самуэля Пуффендорфа (1632–1694), Христиана Томазия (1655–1728), Христиана Вольфа (1679–1754). Их позиции мы сравним с мнением ученых-теологов Саламанкского университета XVI в., которые ставили перед собой задачу обновить учение Римско-католической церкви с помощью религиозно-философского учения Фомы Аквинского².

1. Обязательность договоров (*racta sunt servanda*). Заметным вкладом сторонников естественного права Нового времени в развитие учения о договоре принято считать утверждение принципа юридической обязательности всех правомерных договоров,

* **Полдников Д. Ю.** – кандидат исторических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права НИУ ВШЭ.

¹ В данном докладе использованы материалы рукописи статьи под заглавием «Влияние *ius commune* на естественно-правовое учение о гражданско-правовом договоре XVII–XVIII вв.» для журнала «Государство и право».

² Подробнее о Саламанкской школе см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории классического *ius commune*. М., 2011.

независимо от внешних формальностей. Его признавали естественно-правовым, священным и нерушимым³.

Признание данного принципа, несомненно, отличает правовое учение Нового времени от *ius commune*. Средневековые цивилисты отказывали в исковой защите неформальным соглашениям («голые пакты») со ссылкой на формальные требования к заключению договоров из Свода Юстиниана и шли по пути поиска в Своде исключений из общего правила. Правило канонистов «договоры следует соблюдать» (*pacta sunt servanda*, нач. XIII в.) распространялось только на обещания с правомерным основанием (каузой) и действовало только в церковных судах⁴. Французские правоведы-гуманисты XVI в. также не признавали данный принцип, поскольку не находили ему подтверждения в высказываниях читимых ими римских юристов классического римского права. Однако уже в учении вторых схоластов *pacta sunt servanda* в качестве естественно-правового правила приобрело универсальное значение.

Обобщенно их позицию выразил современник Гроция испанский иезуит Педро де Оньяте. На страницах обстоятельного четырехтомного трактата «О договорах» он утверждал, что в его время контрагенты вправе заключить любое правомерное соглашение и «в обоих судах» (то есть в светском и в церковном) такое соглашение будет признано священным и нерушимым. Тем самым, по словам Оньяте, основанные на естественном праве «каноническое и испанское право исправляют *ius commune*, поскольку они позволяют предъявить иск и признают гражданским обязательство из всех «голых» соглашений, тогда как *ius commune* лишает их такой защиты⁵.

Разница в учении католических теологов XVI в. и сторонников естественного права Нового времени обнаруживается не в дек-

³ См.: *Grotius H. De jure belli ac pacis libri tres*. Paris, 1625. I.1.2; *Pufendorf S. De iure naturae et gentium libri octo*. Amsterdam, 1688. III. IV. § 1. § 11; *Thomasius Ch. Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres*. Halle, 1702. II. VII. 1. № 6; *Wolff Ch. Institutiones juris naturae et gentium*. Halle, 1750. § 447. S. 277. Здесь и далее трактаты по естественному праву цитируются путем указания порядкового номера книги, главы, параграфа.

⁴ См.: Полдников Д.Ю. *Pacta sunt servanda: проблема преемственности в европейском частном праве* // Государство и право. 2011. № 3. С. 71–72.

⁵ *Oñate P. De contractibus*. Roma, 1646. T. 1. Tract. 1. Disp. 2. Sect. 5. № 166.

ларативном признании принципа, а в его философско-правовом и доктринальном обосновании.

Испанские правоведы XVI в. объясняли обязательность договоров требованием естественного права, отражающего божественный порядок. По словам Молины, «скорее тонкие, нежели полезные» исключения из принципа обязательности договоров по цивильному и позитивному праву введены человеком, а не природой⁶.

Содержание естественного права в Саламанкской школе определяли моральной теологией прежде всего учением о христианских добродетелях и грехах. Обязательность договора выводилась из добродетелей верности данному слову, честности, справедливости. Нарушение же должником обещания приравнивалось к греху обмана, вероломства. Следуя доктрине канонического права, некоторые схоластики считали названные грехи достаточным основанием не только для наложения церковного покаяния на исповеди, но и для предъявления иска к обманщику. Причем такой иск следовало принимать к рассмотрению как в церковных, так и в светских судах⁷.

Светская интерпретация естественного права и общественного устройства привели ученых Нового времени к постепенному отказу от морально-теологического обоснования правила *recta sunt servanda* в пользу рациональных доводов в четко определенной правовой сфере. Так, Гроций в начале трактата «О праве войны и мира» указал на божественное происхождение принципа обязательности договоров⁸, однако далее по тексту провел различие между справедливым правом (моралью) и строгим правом (нормы, признанные публичной властью), связав правило *recta sunt servanda* с последним.

Пуфendorf называл обязательность договоров для обеих сторон необходимым условием взаимного доверия людей в обществе и готовности вступать в договоры с ближним, без которого

⁶ Molina L. De iustitia et iure. Venetiis, 1614. T. 2. Disp. 258. № 9.

⁷ Oñate P. Ibidem.

⁸ По словам Гроция, «сам Бог... поступал бы против своей природы, если бы не исполнял своих обещаний», со ссылкой на кн. Неэмию, IX, 8; посл. ап. Павла к евреям, VI, 18 и X, 23; посл. I ап. Павла к коринфянам, I, 19, X, 13 и др. (Grotius H. Op. cit. II.11.4.1).

невозможна благополучная жизнь в социуме⁹. Томазий и Вольф также относили правило об обязательности договоров к внешним обязанностям (*obligationes externae*), необходимым для поддержания общественного порядка. Такие обязанности существуют из страха принуждения со стороны того, кто располагает публичной властью (*imperium*) и только они являются правовыми в собственном смысле¹⁰.

Догматическое обоснование обязательности договоров связано с понятием основания договора (кауза, лат. *causa*, «причина»). Кауза – одно из важных понятий *ius commune*, с которым тесно связаны обязывающая сила договоров, их действительность и классификация. Де-юре необходимость каузы в средневековом *ius commune* объяснялась ее упоминанием в Своде Юстиниана и стремлением связать обязывающий эффект договоров с соблюдением определенных формальностей. В XVI–XVII вв. такие формальности сохраняли значение для практической юриспруденции *usus modernus*¹¹, но не соответствовали естественному праву в понимании правоведов не только Нового времени, но и позднего Средневековья.

Отказ от средневековой цивильной концепций каузы, по словам немецкого ученого К. Люига, означал признание действительными любых соглашений об исполнении обязательства в будущем, а также отрицание права отступиться от договора (*ius poenitendi*) как до начала исполнения, так и после, например, истребовав уже исполненное по кондикционному иску¹².

Гроций и Пуфendorf называли средневековые формальные ограничения обязательности неформальных соглашений изящно-

⁹ Нарушение принципа обязательности договоров влечет за собой вред себе и другим, а следовательно, должно быть санкционировано позитивным законом (*Pufendorf S. Op. cit. III. IV. § 1*).

¹⁰ Напротив, внутренние обязанности служат самореализации человека и не входят в сферу позитивного права, поскольку действуют в силу совета, а не принуждения (*Thomasius Ch. Fundamenta iuris naturae et gentium. Halle, 1718. I. 5. § 34; Wolff Ch. Op. cit. § 438*).

¹¹ См. *Luig K. Causa und Innovinatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts // Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Ed. L. Vacca. Torino, 1995. S. 219–222.*

¹² См. *Luig K. Causa und Innovinatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts // Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Ed. L. Vacca. Torino, 1995. S. 219–222.*

бесполезными и не основанными на естественном праве¹³. Естественное право, по их мнению, предполагало универсальный характер правила *pacta sunt servanda* и волевую основу всех договоров. Томазий и Вольф категорично объявили достаточным основанием обязательности договоров соглашение между контрагентами¹⁴.

Близкие идеи в XVI в. высказывали вторые схоласти. В частности, Молина предложил отказаться от каузы безымянных контрактов средневекового цивильного права (т.е. начала исполнения договорных обязанностей), назвав данный институт бесполезным и не соответствующим естественному праву¹⁵. В то же время он советовал сохранить каузу в значении цели заключения договора при решении вопроса о недействительности договоров¹⁶.

По удивительному совпадению следы каузы-цели в учении сторонников естественного права Нового времени обнаруживаются именно в положениях о недействительности договоров. Так, по мнению Гроция, договор может утратить смысл и не должен исполняться, если окажется, что он изначально был лишен смысла либо отпал предмет и основание (*mateira aut causa*)¹⁷. Пуффендорф также допускал признание договора недействительным в отсутствие встречного исполнения или экономической основы договора¹⁸.

В целом признание волевой природы договора и универсального значения принципа *pacta sunt servanda* привели сторонников естественного права XVI и XVII в. к общим выводам – к признанию воли достаточным основанием связанности сторон договором

¹³ Grotius H. Op. cit. II. 2. § 4. Деление на поименованные и безымянные контракты Гроций категорически отвергает (*Ibidem*. II. 12. §3).

¹⁴ По словам Томазия, «ближайшим (непосредственным) основанием (*causa proxima*) возникновения договора является согласие, и согласие взаимное, даже если договор не двусторонний» (*Thomasius Ch.* Op. cit. II. VII. 1. № 6).

¹⁵ Молина указывал, что практические цели введения цивильной каузы, временно ограничения сущности, могут быть достигнуты иными средствами. *Molina L.* Op. cit. T. 2. Disp. 257. № 1. 10.

¹⁶ По словам Молины, если кауза-цель прямо не выражена в договоре (как того требовало каноническое право), то бремя ее доказывания возлагается на контрагента, ссылающегося на обязательность договора. Иными словами, кредитору предстоит доказать, что должник дал ему обещание с целью совершить взаимовыгодный обмен или проявить щедрость (*Ibidem*).

¹⁷ Grotius H. Op. cit. II. 16. 25. § 2.

¹⁸ Pufendorf S. Op. cit. V. XII. § 20.

и к отказу от концепции каузы средневекового римского права. Кауза осталась востребованной лишь как цель договора в учении о его недействительности.

2. Свобода договора. Сторонников естественного права Нового времени нередко называют творцами принципа свободы договора в частном праве¹⁹. Гроций, Пуфendorf, Томазий и Вольф понимали свободу договора как естественное и неотъемлемое право каждого субъекта выбирать контрагента, вступать с ним в договорные отношения и определять их содержание²⁰.

Данный принцип не известен правоведам средневекового *ius commune* по ряду причин. Доктрина гlosсаторов и комментаторов предусматривала соблюдение различных формальностей при заключении большинства договоров, закрепляя учение о типах договоров с определенной природой (установленным набором договорных обязанностей). Католическая церковь по морально-теологическим соображениям накладывала ограничения на условия договоров, осуждая стяжательство, ростовщичество, нарушение равноценности обмена. Формально-юридические и моральные ограничения дополнялись социально-экономическими. Средневековое общество жило в условиях натурального хозяйства и состояло из множества корпораций (сословных групп, цехов, гильдий), требовавших от своих членов соблюдения определенных правил.

Однако благодаря серьезным социально-политическим, религиозным и экономическим изменениям в Западной Европе XVI в. принцип свободы договора не только получил ясную формулировку, но и приобрел важное теоретическое значение в учении Саламанской школы. Причем содержание принципа в целом соответствовало позиции правоведов Нового времени.

По словам Молины, именно стороны определяют, кто, кому и в каком объеме передает власть над собственными действиями²¹. Лес-

¹⁹ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы М.: Статут, 2012. Т.1. С. 65.

²⁰ Grotius H. Op. cit. II. 12. § 8-12; Pufendorf S. Op. cit. III. VI. § 15-16; Thomasius Ch. Op. cit. II. VII. 1, № 12; Wolff Ch. Op. cit. §§ 77-78. Следует оговориться, что никто из названных правоведов не абсолютизировал данный принцип, допуская его ограничения рамками морали и закона (справедливая цена, недопустимость крайне невыгодных для контрагента сделок и др.).

²¹ Molina L. Op. cit. T. 2. Disp. 252. № 1.

сий выразил ту же мысль еще яснее: договор предполагает полную свободу в выборе контрагента, решимость вступить с ним в обязательство и определить условия оного²². Онъяте пошел еще дальше и провозгласил полное восстановление свободы договора в действующем праве по сравнению со средневековым *ius commune* благодаря опоре на естественное, каноническое и кастильское право²³. Он же указал, что именно воля контрагентов определяет момент заключения договора, сроки его исполнения и содержание обязанностей²⁴.

В то же время совпадение формулировки и содержания принципа свободы договора в XVI и XVII в. не означало тождество его обоснования. В качестве одного из важнейших аргументов представители Саламанкской школы указывали на то, что человек наделен Творцом разумом и свободой воли по Его образу и подобию. Следовательно, он свободен делать то, что не запрещено высшим законом. И только высший закон (в смысле естественного права) может установить ограничения свободы индивида²⁵. Кроме того, испанские ученые считали свободу договора необходимой, чтобы договор помогал каждому проявлять человеческие добродетели (справедливости, щедрости и др.) и содействовал моральному совершенствованию человека, его мирному взаимодействию с ближним²⁶.

Юридические аргументы из источников римского и позитивного (испанского) права служили дополнительным обоснованием свободы договора. При этом вторые схоласти не стеснялись актуализировать избранные фрагменты Свода Юстиниана или кастильских законов в угоду своему пониманию правового принципа²⁷.

²² *Lessius L.* De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor. Brixiae, 1696. Lib. 2. Cap. 17. Dub. 5 in fine.

²³ *Oñate P.* Op. cit. T. 1. Tract. 1. Disp. 2. Sect. 5. № 166.

²⁴ *Oñate P.* Op. cit. T. 2. Tract. 9. Disp. 29. Sect. 6. № 93.

²⁵ *Lessius L.* Op. cit. Lib. 2. Cap. 3. Dub. 1. № 1–4.

²⁶ *Molina L.* Op. cit. T. 2. Disp. 258. № 9.

²⁷ Таковы, в частности, ссылки Онъяте на фразу «каждый судья в вопросах своего имущества» С. 4.35.21, поскольку от имущества в смысле господства (*dominium*) над вещами производно и господство над собственными действиями. (*Oñate P.* Op. cit. T. 2. Tract. 9. Disp. 29. Sect. 7. № 86). В кастильском праве принцип свободы договора якобы нашел выражение в упомянутом выше установлении кортесов Алькалы 1348 г. Он же повторил аргумент своих предшественников о воле человека, выраженной в обещании, как источнике частных законов (*lex privata*, со ссылкой на D. 50.17.23).

Для сторонников естественно-правового учения в Нидерландах и Германии морально-теологическое обоснование свободы договора постепенно утратило всякое значение. Гроций все еще использовал близкие вторыми схоластами аргументы о свободной воле людей как источнике всего права²⁸ или о необходимости добродой воли для распоряжения своим правом и имуществом, поскольку действия человека подчинены его власти, как и вещи в его собственности. В отличие от Гроция, Пуфendorf и Томазий считали излишним обосновывать значимость свободной воли соображениями моральной теологии и главный упор сделали на рациональную природу человека, на его естественные потребности и на устройство общества в целом²⁹.

В XVIII в. эту тенденцию закрепил Вольф. Общество, согласно принципам естественного права, должно состоять из равных и свободных людей, здраво выполняющих установленные природой обязанности, в том числе через заключение договоров, в которых они вольны выбирать и контрагента, и условия, и форму³⁰.

Изменение философских и методологических оснований правовой науки Нового времени по сравнению со Средними веками, несомненно, позволило по-новому взглянуть на все основные положения договорной доктрины. Их изучение выходит за рамки данного доклада. Однако даже пример принципов обязательности и свободы договора позволяет усомниться в словах немецких представителей естественно-правового учения XVII–XVIII в. о полном отрицании наследия средневекового *ius commune* и еще раз обращает внимание исследователя на устойчивую преемственность в развитии западной правовой традиции. Действительно, принципы обязательности и свободы договора по сути не были изобретением правоведов Нового времени, но развитием идей, высказанных ранее католи-

²⁸ Во введении к своему трактату Гроций указывал, что будет рассматривать правовое положение, которое повсюду соблюдается и «своим источником имеет свободную волю людей» (*Grotius H.* Op. cit. Proleg. 40).

²⁹ По словам Пуфendorфа: «ничто между людьми не имеет значения против их воли» (*Pufendorf S.* Op. cit. III. VI. § 15–16). Ту же мысль выразил Томазий: «...для возникновения обязательства обещание требуется, поскольку без него равный не может ограничивать свободу равного... (И) никто не желает, чтобы его подгоняли в обращении со своей вещью против его воли» (*Thomasius Ch.* Op. cit. II. VII. 1. № 12).

³⁰ *Wolff Ch.* Op. cit. § 48.

ческими теологами-правоведами XVI – начала XVII в. в рамках программы обновления *ius commune* и целенаправленной формулировки общих положений договорного права.

*А.Е. Шевченко, В.И. Озель**

**УСЛОВИЯ ЗАКОННОСТИ БРАКА
И ОСНОВАНИЯ ПРИЗНАНИЯ БРАКА
НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ В СООТВЕТСТВИИ
С НОРМАМИ ЦЕРКОВНОГО ПРАВА В X – НАЧ. XX В.
(НА ПРИМЕРЕ УКРАИНЫ)**

Брак – это институт, который является основой всего человеческого общества. Поэтому вопросы заключения брака не могут быть делом исключительно лиц, желающих в него вступить. Этим и объясняется подчинение личной свободы мужчины и женщины в вопросах заключения брака определенным правилам, которые подлежат контролю как со стороны общества, так и со стороны государственной власти. Необходимо отметить, что на украинских землях в период с конца X в. и до нач. XX в. все сферы семейной жизни были подконтрольны также церковному ведомству, а единственной законной формой заключения брака признавалось церковное венчание.

В современной историко-правовой литературе вопросам брака и семьи уделяется мало внимания, в большинстве случаев мы сталкиваемся с историческими и этнографическими исследованиями, поэтому юридическая сторона остается не достаточно изученной. Брачно-семейные отношения на украинских землях исследовали И. Петренко, А. Пономарев, М. Селима, О. Гуржий. Также следует отметить работы таких российских ученых, как Н. Пушкаревой, М. Цатуровой, Н. Нижник, В. Момотова. В то же время

* **Шевченко А.Е.** – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины, начальник кафедры теории и истории государства и права Донецкого юридического института МВД Украины. **Озель В.И.** – ассистент кафедры теории и истории государства и права Киевской государственной академии водного транспорта имени гетмана Петра Коняшевича-Сагайдачного.

наибольшую ценность для нашего исследования представляют работы историков церковного права, богословов И. Скворцова, Н. Суворова, А. Павлова, М. Горчакова, С. Булгакова, В. Цыпина, а также ученых досоветского периода М. Владимирского-Буданова, О. Левицкого, В. Добровольского, В. Сергеевича, С. Соловьева.

В церковном праве брак трактуется как «Таинство», и четко сформулированы обязательные условия для желающих создать новую семью. В свою очередь, несоблюдение этих условий влечет за собой возникновение обстоятельств, препятствующих заключению брака, а если такой брак все же был заключен, то могут возникнуть основания для его прекращения, то есть признания недействительным. Существуют различные классификации условий для заключения брака. Например, А. Павлов придерживался мнения, что существуют негативные условия, без соблюдения которых брак подлежит расторжению, и позитивные условия, то есть «условия правильности брака», несоблюдение которых влечет за собой лишь негативные последствия для супружов¹.

Другого подхода придерживались такие авторитетные исследователи церковного права, как Н. Суворов, М. Горчаков, В. Цыбин. Они использовали понятие «препятствия» к заключению брака. Так, Н. Суворов писал, что для заключения брака необходимы условия, отсутствие которых является препятствием к браку, и выделял «препятствия разрывающие» и «препятствия препятствующие» заключению законного брака².

В свою очередь, В. Цыбин предложил следующую классификацию препятствий к заключению брака: 1) абсолютные и условные препятствия, где первые исключают для лица возможность вступления в брак с кем-либо, а вторые делают невозможным брак лишь с определенным кругом лиц; 2) препятствия, которые влекут за собой недействительность брака с момента его заключения, и препятствия, которые не влияют на законность брака, но влекут определенные санкции, как для самих супружов, так и для священника, утвердившего этот брак³.

¹ Павлов А.С. Курс церковного права. СПб.: Лань, 2002. С. 232.

² Учебник церковного права / Суворов Н. 5-е изд. М.: А.А. Карцев, 1913. С. 352–370.

³ Цыбин В.А. Церковное право: Учебное пособие. 2. изд. М. : Изд-во МФТИ, 1996. С. 343.

М. Горчаков критиковал разделение условий на позитивные и негативные, объясняя это тем, что определенные законом позитивные условия для заключения брака могут легко превратиться в негативные и наоборот. Он предлагал классификацию, в которой перечисляются и отдельно рассматриваются все препятствия и позитивные условия для заключения брака, а именно: недостаток возраста, отсутствие согласия брачующихся, необходимость участия родителей, сумасшествие, монашеское состояние лица или духовный сан, состояние в браке, последовательное вступление в три брака, нахождение в заключении, административное распоряжение церковной власти, судебное постановление, запрещающее лицу вступить в брак, глухонемота, близкое родство⁴. Считаем, что данный способ изучения условий для заключения брака является наиболее подходящим для глубокого изучения историко-правовых проблем брака. Поэтому будем придерживаться классификации, предложенной М. Горчаковым, для того, чтобы достоверно выяснить, какие браки считались законными на украинских землях в X – нач. XX в.

Безусловным препятствием к заключению законного брака всегда признавалась недостаточность возраста. Во времена Киевской Руси были установлены нормы брачного возраста 14 лет для жениха и 12 – для невесты. Но эти предписания нарушались. Существуют сведения, что князья женили своих сыновей в 11 лет, а дочерей выдавали замуж и в 8-летнем возрасте⁵. Византийские нормы определения брачного возраста действовали до 1551 г., когда было запрещено вступать в брак ранее 15 лет для юношей, и 12 – для девушек. Указом Синода 1774 г. был установлен брачный возраст женщин – 13 лет. И окончательно в 1830 г. было предписано венчать женихов не моложе 18 лет, а невест – 16 лет. Но брачный возраст мог быть сокращен на полгода по заявлению родителей жениха и невесты⁶. Необходимо отметить, что для Украины возрастные рамки были подняты намного раньше: еще в XVI в. Литовскими Статутами был установлен 18-летний брачный возраст для мужчин, а для женщин – 15 лет.

⁴ Горчаков М. И. (*протоиерей*) Церковное право. Краткий курс лекций. СПб., 1909. С. 250–260.

⁵ Полное собрание русских летописей (ПСРЛ). Т. 2. Ипатьевская летопись. СПб., 1908. XVI с. 938 стлб. 87 с. Стлб. 136.

⁶ Горчаков М. И. (*протоиерей*) Указ. сочинение. С. 252.

Уставом Духовных Консисторий 1841 г. под юрисдикцию епархиального суда были переданы дела лиц, вступивших в брак ранее установленного брачного возраста. Такие супружеские пары должны были прекратить совместную жизнь до совершеннолетия, а дальнейшая брачная жизнь была возможна только при условии повторного венчания (ст. 225, 226)⁷. Предусматривалась возможность расторжения такого брака при условии, что: во-первых, истец должен быть моложе установленного брачного возраста; во-вторых, возможность признания брака не действительным прекращалась, если в результате супружеской жизни родился ребенок или наступила беременность жены⁸. Брак мог быть признан недействительным и по причине превышения брачного возраста, который первоначально был определен каноническими Правилами Василия Великого (пр. 24 и 88): для женщин – 60 лет, для мужчин – 70⁹. Позже в Своде законов Российской империи был закреплен запрет вступать в брак лицам старше 80 лет (ст. 4 кн. I т. X).

Обязательным для заключения законного брака было свободное взаимное волеизъявление жениха и невесты и в то же время разрешение на брак со стороны родителей. Православная церковь не признавала формы заключения брака, связанные с насилием, которые долгое время оставались традиционными не только во времена Киевской Руси, но и в более поздний период, и защищались обычным правом. Запрещалось не только применение физического насилия, но и духовного, которое проявлялось в форме шантажа, обмана, угроз и т.п. Христианские каноны, наделившие родительское благословение достаточно большой силой, по сути, определяли роль родителей в поддержке своих детей в свободном выборе супружеской пары. Именно свобода выбора, отсутствие давления со стороны родителей и равноправие супругов в браке определялись известным исследователем брачно-семейных правоотношений украинцев XVI–XVII в. О. Левицким, как основа счастливого и крепкого брака¹⁰.

⁷ Устав Духовныхъ Консисторій. Санкт-петербургъ: Въ Синодальной типографії, 1843. С. 88.

⁸ Горчаков М.И. (*протоиерей*) Указ. сочинение. С. 252.

⁹ Книга Правил святых Апостолов, Святых Соборов, Вселенских и Поместных, и Святых Отцов. М., Синодальная типография, 1893.

¹⁰ Левицкий О. О семейныхъ отношенияхъ въ Югозападной Руси в XVI – XVII векахъ // Русская старина. Том XXIX. 1880. Ноябрь. С. 558.

Действовавшее на украинских землях законодательство на разных этапах неоднозначно относилось к свободной воле вступления в брак. Устав князя Ярослава предусматривал ответственность родителей за принуждение детей к браку только в случае, если это стало поводом причинения последними себе вреда¹¹. Литовским Статутом 1566 г. было запрещено насильно выдавать замуж, предписывалось обязательно учитывать волю и желание вступающих в брак¹². Указами 1722 и 1724 г. родители и помещики под угрозой значительных штрафов были обязаны приносить клятву в том, что женят своих детей и крепостных по их собственному желанию¹³. Присяга была письменной, а функции контроля за соблюдением данного предписания выполняли приходские священники. В результате кодификации украинского права 1743 г. в «Правах, по которым судится малороссийский народ» было узаконено равное право мужчины и женщины на вступление в брак по добной воле (арт 2. гл. 10). Свод законов Российской империи подтвердил необходимость свободного волеизъявления жениха и невесты во время заключения брака (ст. 12 ч. 1 т. X), но одновременно оставалось в силе и обязательное одобрение родителями брака своих детей (ст. 6 ч. 1 т. X).

Необходимо отметить, что в XIX в. уже наблюдался процесс демократизации общества и сформировалась следующая практика: если нет письменного запрета родителей на брак определенного лица, то считалось, что нет препятствия к заключению брака¹⁴. Также существовало исключение, когда венчали вопреки запрету родителей: если жених перед венчанием признавался, что обесчестил невесту и хочет путем заключения брака искупить свою вину¹⁵.

¹¹ Владимирський-Буданов М. Христоматія по історії русского права. Київъ, 1876. С. 204–205.

¹² Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года. (За виданням 1855 року). Мінск, 2003. С. 35–263.

¹³ Никольский В.Н. Обзор главнейших постановлений Петра I-го в области личного и семейного права. Ярославль, 1857. С. 103; Полное собрание законовъ Российской империи съ 1649 г. Т. VII. 1723–1727. СПб., 1830. С. 197.

¹⁴ Добровольский В.И. Брак и развод: Очерк по русскому брачному праву. С.-Пб., 1903. С. 36–37.

¹⁵ Булгаков С.В. Настольная книга для священно-церковно-служителей / С.В. Булгаков. (репринтное воспроизведение издания 1913 г.). Ч. II. М., 1993. С. 1250.

Безусловными препятствиями к браку всегда были принадлежность лица к чину священнослужителей и монашеский сан. Всегда признавалось препятствием к заключению брака, как церковным, так и светским правом, нарушение принципа моногамии. Кроме того, нормами церковного права был запрещен брак для лиц виновных в грехе прелюбодеяния, что стало причиной разрыва предыдущего брака. Церковное право предусматривало запрет четвертого брака, в том числе препятствием к заключению брака признавалось и вдовство после третьего брака. Кроме того, в XII в. встречались памятники канонического характера, которые запрещали и трети браки¹⁶. Позже на украинских землях под воздействием обычного права, которое более лояльно относились к числу браков, были закреплены соответствующие нормы светского права, позволяющие вступать в брак любое количество раз (например, Литовские Статуты, Собрание малороссийских прав 1807 г.). Но в Своде законов Российской империи запрет четвертого брака нашел свое отражение.

Препятствием к заключению брака признавалась физическая или духовная неспособность лица к семейной жизни. Как церковными, так и светскими законами душевная болезнь была препятствием к браку, но только в случае, что она была определена до венчания. Что касается физической неспособности к семейной жизни, то церковные каноны запрещали вступать в брак лицам, которые обладали таким дефектом от природы, или это стало причиной болезни, а также евнухам¹⁷.

Близкое родство определялось как препятствие к браку. Что касается кровного родства, то браки между родственниками по прямой линии были строго запрещены церковными канонами, а по боковой – до шестой степени, хотя браки между родственниками в пятой и шестой ступени бокового родства могли быть разрешены епархиальными иероями¹⁸. К кровному родству приравнивались отношения усыновителя и усыновленного. Еще один вид родства,

¹⁶ Церковное правило митрополита Иоанна к Иакову черноризцу // Макарий (Булгаков), митрополит Московский и Коломенский. История Русской церкви. 12 томов. СПб., 1883. Т. 2. Приложения.

¹⁷ Цыпин В.А. Указ. сочинение. С. 346.

¹⁸ Горчаков М. И. (протоиерей). Вказана праця. С. 262.

препятствующий заключению брака – свойство, которое возникает между родственниками мужа и жены. Тут установлен запрет браков до четвертой степени. Что касается духовного родства вследствие таинства крещения, то постепенно с развитием общества и права в XIX ст. этот вид родства уже не являлся препятствием к заключению брака.

Следует отметить, что препятствием к заключению брака церковь признавала и несовместимость вероисповедания жениха и невесты. Хотя это условие становилось со временем лояльнее. Так, в первые века христианства на Руси было запрещено венчать православных не только с иноверцами, но и с инославными христианами. В начале XVI в. были разрешены браки православных с католиками, протестантами и армянами. А в XIX в. были запрещены браки с иноверцами кроме прихожан католической и лютеранской церкви.

Таким образом, можно подвести итог, что одни из препятствий к заключению брака полностью исключали возможность такого – их мы предлагаем назвать безусловными, а другие не были столь категоричными. Именно безусловные препятствия становились основанием к признанию брака недействительным, а именно: несоблюдение возрастных рамок; отсутствие свободной воли брачующихся; состояние лица в действительном законном браке; предварительное состояние в трех браках; вина прелюбодеяния в расторжении брака; духовный сан или монашество; несовместимость вероисповедания; близкое родство.

*В.Н. Сафонов***

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ В США

Многозначность понятия «правовая традиция» диктует необходимость его уточнения. Речь идет не только о сохранении таких начал права как особая роль судов, господство частного права, опора на классические принципы американского конституционализма. Правовая традиция эволюционирует в рамках т.н. «живой»

* Сафонов В.Н. – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционального права Юго-Западного государственного университета (г. Курск).

конституции». Проявления новой традиции важно рассмотреть в связи с вопросом об исторической эволюции естественно-правовой концепции в праве США.

В науке сохраняется задача сопоставления и анализа принципов и подходов устоявшейся, в духе классического правового либерализма, «старой» естественно-правовой традиции, и формируемой в XX веке новой традиции, к элементам которой можно отнести «социологическую юриспруденцию», «социализацию» права, «государство благосостояния». Требует общетеоретического анализа процесс их взаимопроникновения и складывания интегративной сущности американского права.

За рамками доклада целесообразно оставить вопросы других направлений теоретической юриспруденции, вопросы конституционной истории и обратиться к двум взаимосвязанным и определяющим на современном этапе друг друга основополагающим понятиям – правовой традиции и конституционализму.

В большинстве определений понятия правовой традиции выделяется взаимодействие правовых и неправовых явлений¹. Следует раскрыть направленность, концепт такого сочетания.

Традиции протестантского христианства преломляются в текстах американских конституций в принципы естественного права. Признается значение т.н. надконституционных ценностей, формировавшихся в колониальный период в специфической морально-религиозной атмосфере и основанных на принципах естественного права с акцентом на суверенитете личности, фундамен-

¹ По словам Г. Бермана, «Более уместно говорить о взаимодействии политики, экономики, права, религии, искусства без расчленения этих нераздельно взаимосвязанных сторон на причины и следствия». *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 522. К. Осакве отмечает, что «понятие правовой традиции означает совокупность глубоко укоренившихся в сознании людей и исторически обусловленных представлений о роли права в обществе, природе права, и политической идеологии, а также об организации и функциях правовой системы». См.: *Осакве Кристофер*. Сравнительное правоведение. Схематический комментарий. М.: Юрист, 2008. С. 34. «Чистых неотягощенных политикой, экономикой, идеологией ... отношений нет и быть не может. Люди формируют правовую реальность, в которой воплощена их правовая традиция». См.: Честнов И.Л. Полемические размышления о состоянии и перспективах теории права / В сб.: Современное правоведение. Поиск методологических оснований. Жидковские чтения. 2010. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М., 2011. С. 19.

тальных прав, прежде всего права частной собственности и общественной самоорганизации².

В американской правовой истории велика роль религиозной мифологии в ее протестантской форме. Право как ценность нерасторжимо связано с равенством, справедливостью и свободой не только в их правовом, но и в морально-этическом смысле, что всячески поддерживается всей системой государственных институтов и имеет ключевое значение для американской правовой идеологии и правовой традиции.

Понятие правовой действительности непосредственно связано с традицией, с американской системой ценностей, американскими мифами массового сознания, и в отличие от европейской континентальной традиции трактуется как понятие правосудия, которое зиждется на высших (конституционных и надконституционных) принципах и развивается в рамках судебного правотворчества. Несмотря на принятие огромного количества нормативных актов в XX столетии, не принимается понятие законности как основы права, отодвигается на второй план действие законов в их текстуально-буквальном (механистическом) значении.

Принципиальное отличие от английской традиции в годы формирования государственности: опора на общинную самоорганизацию и понимание правотворчества как судебного правотворчества. Наряду с субъектами государственной власти в правотворческом процессе и на современном этапе активно участвуют судебское (юридическое) сообщество и негосударственные субъекты. Г. Берман в этой связи указывает: «Право есть трансформированный обычай, а не просто воля и разум законодателя. Право распространяется не только сверху вниз, но и снизу вверх... Право также является выражением моральных принципов в духе естественно-правовой традиции³. Правотворческий и правоприменительный процесс в этой стране основывался в колониальный период и содержит в себе до настоящего времени не только юридические нормы, но и нравственные, религиозные, корпоративные установки. Разумеется, это затрудняет понимание американского

² См. об этом подробнее: *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. М., 2010. Т. 1. С. 182–196.

³ *Берман Г.* Западная традиция права ... Указ. соч., С. 531.

права и лишает его логической определенности и ясности. Вместе с тем это способствует сохранению правовой стабильности и приспособлению к меняющимся общественным условиям.

В правовой традиции важны не только традиционные верования и убеждения, стереотипы массового сознания, но и ценности, соответствующие новым условиям развития данного общества. Так, например, следует помнить, что неприкосновенность частной собственности тем более «абсолютная» неприкосновенность – это в большей степени идеологическая ценность, но не более того. Полагать, что один, заданный в определенных исторических условиях вектор традиции, хотя бы и старо-классический, подкрепленный писанными конституционными принципами, является преобладающим и господствующим – неверно.

Новые векторы развития американского права и идея «контролируемого отхода» от прежней, классически либеральной, правовой традиции впервые была высказана Л. Брандейсом, одним из основателей «социологической юриспруденции»⁴. Он говорил о необходимости реформирования американского права путем эксперимента и напоминал о распространенном и поныне мнении о создании американской нации и государственности, как «великом эксперименте».

Современные американские авторы сосредоточивают внимание на этой специфической черте американского права и особенности правовой традиции. «В американской правовой системе главным способом конституционного правотворчества является “правовой эксперимент”»⁵. В книге обращается внимание на условия реализации такого эксперимента. Во-первых, эксперимент должен быть тщательно подготовлен. Например, с точки зрения пределов его осуществления и непротиворечия известным фундаментальным правовым принципам. Во-вторых, для правового экс-

⁴ См. подробнее: White G.E. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000. P. 276–284. Оригинальность взглядов Л. Брандейса состояла в его следовании некоторым принципам прогрессивизма, например, он выступал против создания федеральных органов регулирования социально-экономических отношений и предлагал передать ответственность за состояние социальной сферы на уровень штатов.

⁵ *Constitution make on constitution making / Ed. by R. Goldwin and A. Kaufman*. Boston. American Enterprise Institute, 1988. C. 463.

перимента, в том числе в сфере конституционно судебного правотворчества, необходим определенный уровень общественного сознания, а также та или иная форма участия народа и общества в реализации эксперимента. Авторы полагают, что право на эксперимент власти «было гениальной догадкой основателей американской Конституции и способствовало разрешению будущих кризисов с участием народа»⁶. В этой связи при анализе текста преамбулы Конституции они выдвигают на первое место принцип народного суверенитета.

Только в этом случае общий конституционный принцип из фиксации в конституционном тексте (в конституционной поправке, в конституционном прецеденте, в конституционной доктрине) превращается из декларации в действующий конституционный принцип⁷.

По нашему мнению, с теорией правового эксперимента как элемента правовой традиции, согласуется роль судей как интерпретаторов конституционных принципов. Судьи принимают участие не только в применении права, но и в правотворческом процессе⁸. Большое внимание интерпретации Конституции в связи с формированием новой традиции уделил американский автор Дж. Эли. На примере конкретных прецедентов Верховного суда США, например, решения по делу «Бэкки против Совета регентов Калифорнийского Университета»⁹ он показал реализацию сразу двух традиций – старой и новой. С одной стороны, Суд выступил против преференций и предпочтений для темнокожих граждан, следя фундаментальному принципу формально-юридического равенства.

С другой стороны Верховный суд США признал такой способ реализации равных возможностей (в этом случае в системе образования) не только социально востребованным, но и консти-

⁶ Constitution make on constitution making / Ed. by R. Goldwin and A. Kaufman. Boston. American Enterprise Institute, 1988. С. 462.

⁷ Ibid., p. 120.

⁸ Сафонов В.Н., Сергеева С.Л. Проблема судебного правотворчества в конституционной теории и практике Верховного суда США. В кн.: Институты государства и права в их историческом развитии / Под ред. Т.Е. Новицкой. М., 2012. С. 349–356.

⁹ *Bakke v. Board of Regents California University*, 438 U.S. 265 (1978).

туционно легитимным, как ответ на прошлую (многолетнюю дискриминацию).

Затрагивая вопрос о роли и значении новой традиции конституционализма, Дж. Эли признает эволюцию фундаментальных ценностей, но призывает не формулировать новые фундаментальные ценности, поскольку органическое развитие права не терпит прогнозирования и ориентации на новую модель общественных отношений. Действительно, многие исследователи обращали внимание на такую черту прецедентного англо-американского права, как его ретроспективный вектор – обращение к уже имевшим место фактам и событиям.

Американские авторы выделяют основополагающее значение интерпретивизма для американского права¹⁰. Выделяется такая функция судебного интерпретивизма как соединение и согласование надконституционных принципов с нормативными требованиями в рамках единой системы ценностей, имманентно присущих и вновь создаваемых в виде юридических конструкций, в том числе в виде конституционных прецедентов, доктрины и принципов. Значение интерпретивистского подхода к праву не в свободе правотворческого процесса, не в свободе судейского усмотрения, а в том, что он направлен на решение самых актуальных политико-правовых вопросов. Это стало общепринятой точкой зрения. Разногласия касаются пределов изменения и создания новых правовых конструкций.

Американская правовая традиция – это в значительной мере конституционная традиция, а конституционализм ее суть. Верно ли такое утверждение в связи с наличием надконституционных принципов, с трансформацией заложенных отцами-основателями конституционных начал, принятием многочисленных поправок, осуществлением некоторых принципов государства благосостоя-

¹⁰ «Интерпретивизм» включает различные приемы толкования текста конституции и иных правовых актов, среди которых основным является «конструктивизм» – толкования посредством создания конструкций, вытекающих из той или иной части текста. Если же создаваемая законодателями или судьями конструкция не связана с текстом Конституции, такой подход именуется «неинтерпретивизмом» (non-interpretivism). Дискутируется вопрос о допустимости неинтерпретивизма и связанного с ним «судебного активизма», расцвет которого увязывают с периодом «Суда Уоррена».

ния, созданием гипертрофированной системы исполнительной власти и т.д.¹¹. Ответ на поставленный вопрос можно дать, выявив элементы новой традиции, нового конституционализма.

Понятие конституционализма в американской правовой системе связано с продекларированной неприкословенностью фундаментальных прав естественного происхождения и выраженным запретом на вмешательство государства в «пространство свободы индивида», в ограничение права собственности. Такая декларация (при отсутствии в Конституции США ясной формулировки о «неприкословенности» частной собственности) со времени Оливера Холмса признается юридической фикцией. В ряде решений Верховного суда США периода «нового курса» Ф. Рузельта такая позиция стала основой признания социальной политики правительства¹².

Конституционные принципы связаны с надконституционными ценностями, но в процессе толкования Конституции трансформируются и наполняются новым смыслом, являются непосредственно действующими в американской системе права с ее отсутствием деления на отрасли и комплексным содержанием правовых институтов.

Конституционализм – это не столько политико-правовая идеология, сколько имеющий нормативное значение фундамент всех основных правовых институтов. «Для права США характерно проникновение принципов Конституции во все сферы федерального права и права штатов – материального и процессуального права; публичного, частного и смешанного»¹³.

Наряду с естественно-правовым руслом правовой традиции, а в определенном смысле и вопреки такой традиции (старо-либеральной) с принятием Конституции 1787 г. начинается трансформация американской государственности и американского права¹⁴.

¹¹ Р. Борк и другие авторитетные исследователи говорят даже о смерти американской федеральной Конституции, в том виде, как она задумывалась в конце XVIII столетия. A Country I do not Recognize. The Legal Assault on American values / Ed. by R. Bork / Stanford, Cal. Hoover Inst. Press, 2005. p. XI.

¹² Подробнее см. об этом: Сафонов В.Н. Конституция США и социально-экономические права граждан. М., 2007. С. 147–172.

¹³ Осакве Кристофер. Сравнительное правоведение. С. 156

¹⁴ Надо заметить, что и в рамках основной (старой) традиции, коллективно-общинные интересы зачастую превалируют над индивидуальными интересами и являются основой принятия решений, обеспечиваемых принудительной силой.

Новое содержание конституционализма как стержня американского права двойственно и в некоторой степени амбивалентно¹⁵. Многие американские авторы отмечают двойственность, бинарность, создание юридических конструкций не только индивидуального, но и общего интереса, общего блага и общественного (публичного) интереса¹⁶. Представление о победе частного интереса в процессе принятия Конституции¹⁷ не является верным. Можно утверждать, что и в колониальный период, в «старой» традиции уже был заложен баланс интересов, а в протестантской общине высоко ценились начала взаимной поддержки и поощрялся упорный труд. В условиях формирования новой традиции такое свойство (правовой дуализм) американского права усиливалось.

Отечественный автор Г.А. Гаджиев говорит о «бинарности» конституционных принципов, имея в виду с одной стороны гарантии экономической свободы, а с другой стороны принцип социальную ответственность государства. По мнению Гаджиева, «традиция рассматривать конституционные принципы как взаимосвязанные, а не дискретные, раздельные правовые единицы является американской, а не европейской»¹⁸. Он же отмечает, что сущность современного конституционализма во взаимодействии и взаимосвязанности конституционных принципов¹⁹. Проблема старой и новой правовой традиции через призму морали интенсивно обсуждается юристами и социологами США. На другой аспект новой традиции обратил внимание Н.М. Коршунов. С его точки зрения социальные функции частного и публичного права («двуединая функция) реализуются в процессе их конвергенции, при этом публичное право не должно деформировать частное право, а обеспечивать его правовой охраной»²⁰.

¹⁵ White G.E. The Constitution and the New Deal. Op. cit. p. 160.

¹⁶ См. подробнее: Сафонов В.Н. Указ соч. С. 58–59, 71–72, 74–75.

¹⁷ В дальнейшем о поглощении публичного права частным, о Конституции США, как документе частного права, о наиболее существенном отличии американо-английского права от континентального европейского как основанном на частном, а не на публичном интересе – в работах А. Бикеля, У. Итона, Р. Борка, К. Санстейна и др.

¹⁸ Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М.: Норма, 2013. С. 270–271.

¹⁹ А также в «равноценности антиномичных принципов». См. Гаджиев Г.А. Указ. соч. С. 270.

²⁰ Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. С. 62–63.

Сходный с Гаджиевым подход к явлениям правовой действительности мы наблюдаем у Р. Этциони, который пишет о сочетании ответственности государства и гарантий личной свободы. Автор призывает различать социализацию и «коммунитаризацию» права, поскольку «чрезмерная социализация и сопутствующие процессы морализации на основе приоритета общественных целей не приведут к гармонизации общества». С другой стороны, и апология свободы, акцент на автономии индивида, на неприкосновенности собственности как средства обеспечения такой автономии также ведут к негативным последствиям. Следовательно, в основе содержания американской правовой традиции остается на рубеже XX–XXI вв. (как это было в 1930–1960-е годы) баланс между правами человека и социальной ответственностью государства. «Под “коммунитаризацией” понимается стремление не допустить избыточного государственного регулирования, эволюция от государственного к “общественному регулированию”». Государственное регулирование помимо известных отрицательных экономических последствий неизбежно сопровождается еще двумя негативными явлениями. Во-первых, это «обилие законодательства», что сдерживает свободную инициативу граждан в социально-экономической сфере. Во-вторых, перевес коллективистской морали ведет к фактическому ограничению права собственности²¹.

Вопросы о соотношении частного и общественного интереса, о правовой сущности отдельных поколений прав актуальны в российской правовой науке. «Социальная деятельность государства при всей своей оправданности и необходимости лежит в сфере нравственности и социальной целесообразности и не выходит за ее рамки даже будучи осуществляемой государством²². Концепция социальных прав США действительно основывается на том, что они не являются конституционными. Они именуются правами на основе закона. Однако Верховный суд США по вопросу о конституционности этих прав занимал неоднозначную позицию. Суд признал право на судебную защиту соответствующих прав не только в слу-

²¹ Etziony R. The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society. New York: Basic Books, 2004. p. 6.

²² Варламова Н.В. Три поколения прав человека. В кн: Философия права в России. Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Отв. ред. В.Г. Графский. М., 2009. С. 198.

чае нарушения закона, но и на основании нарушения конституционных прав на жизнь, собственность и свободу в процессе предоставления той или иной помощи²³.

Получивший в ряде работ юристов в последнее время скепсис по отношению к правам человека ослабляет формирование традиции подлинного конституционализма. Так, В.П. Малахов полагает, что права человека – не правовая проблема... необходима размифологизация прав человека²⁴. Впрочем, указанные суждения заслуживают отдельного рассмотрения в связи с отрицанием другими авторами конституционно-правовой ответственности за социальное благосостояние.

Принимая во внимание такую позицию, и признавая, что в США отличительной особенностью американского права остается защита частного интереса, отметим и линию на защиту общественного интереса. Американские авторы отмечают позитивную роль администрации Президента У. Клинтона, реформирование системы социального вспомоществования²⁵. В книге сделан вывод о значении правотворчества 1990-х годов обеспечившего гармоническое сочетание старой и новой традиции через поощрение активной трудового участия получателей пособий. В 2012 г. Конгресс США одобрил создание новой «всеобъемлющей системы медицинского страхования».

Приходим к выводу об объективных критериях развития права, которые реализуются и в США с учетом специфики общественно-исторических условий. И здесь развитие права идет от преимущественно естественного, религиозно-этического содержания к позитивизации и оформлению права, основанного на общественном интересе. Анализ американской традиции показывает интегративную сущность права, сочетание старой и новой традиции, баланс между публичным и частным правом, принцип коммунистарной свободы, т.е. свободы, не противоречащей общим интересам, интересам других индивидов.

²³ Сафонов В.Н. Указ. соч. С.31.

²⁴ Малахов В.П. Миры современной общеправовой теории. М., 2013, С. 91.

²⁵ The Pean Big Ideas for Change in America / By R. Emmanuel and B. Reed. N.Y.: Public Affairs. 2001. Part I.

*E.A. Петрова**

ВЛИЯНИЕ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ НА СИСТЕМУ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ США)

В юридической литературе существуют различные подходы к трактовке правовых традиций. На наш взгляд, их можно определить как исторически обусловленные правовые принципы, аккумулирующие юридические ценности, накопленные в ходе правового опыта предшествующих поколений и воспринятые на современном этапе развития права.

Национальные правовые традиции обуславливают специфику всей правовой системы государства, в т.ч. и такого важного ее элемента, как источники права. Система источников права США интересна тем, что воплотила в себе традиции двух основных правовых семей – общего и континентального права, базирующихся на разных правовых принципах и ценностях. Так, например, общее право опирается на *принцип судебного правотворчества*, в то время как континентальное – на *принцип верховенства закона*; в общем праве – норма казуистична, в континентальном – абстрактна и т.д. В американском же праве мы наблюдаем определенный синтез данных принципов и ценностей, что в свою очередь свидетельствует об интеграции основных правовых семей современности и делает актуальным вопрос о сохранении национально-культурной идентичности в условиях глобализации.

Влияние правовых традиций наиболее ярко прослеживается при анализе *истории формирования современной системы источников американского права*. Традиции общего (precedентного) права были принесены на американскую почву первыми английскими поселенцами.

Согласно сформулированному в 1608 г. принципу дела Кальвина английские колонии на территории современных США попадали под действие общего права Англии. Однако уже этот prin-

* **Петрова Е.А.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

цип содержал одно существенное ограничение: общее право Англии применяется в колониях только «*в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колоний*»¹. Но вся проблема и заключалась в том, что нормы английского общего права (выработанные феодальным обществом и для феодального общества) совершенно не соответствовали условиям жизни американских колоний.

Нужно учитывать также, что первые колонисты не были юристами и не имели четкого представления об английском праве, превратившемся к XVI в. в технически сложную, монолитную систему. Оно ассоциировалось в их сознании с символом естественных прав, с правом справедливости, разума, с божественным правом, а не с конкретными нормами, создаваемыми судьями². Закон, который они привезли с собой, не был «законом королевского суда, а лишь местным законом – обычаем их сообщества... «народным законом»³. Специфика правового мышления колонистов заключалась также в их более благожелательном, чем у англичан, отношении к писаному праву. Американский ученый В. Нельсон подчеркивал: «Американцы, жившие в колониях, хотели, чтобы ими управляла система законов, а не судьи, чьи широкие дискреционные полномочия могли быть использованы для установления произвольных норм»⁴. Поэтому в США, в отличие от Англии, не было периода, когда право формировалось исключительно судами, и с самого начала прецеденты сосуществовали со статутами как источниками права, предопределив в конечном итоге имеющее место в настоящее время преобладание статутного права над прецедентным.

Колониальное право, таким образом, состояло по сути из трех основных частей: пришедших на память элементов «старого» английского права, «свежих» правовых норм, созданных в результате настоятельных потребностей жизни в новой стране, и правовых элементов, сложившихся под воздействием религиозных взглядов поселенцев⁵. Тем самым колонии с самого начала встали

¹ Дэвид Р., Жоффре-Синози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1998. С. 270.

² Богдановская И.Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 182.

³ См.: Friedman L.M. Law in America: A Short History. N.Y., 2002. P. 26.

⁴ Цит. по: Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 183.

⁵ Friedman L.M. A History of American Law. N. Y., 1985. P. 35.

на *свой собственный путь развития* правовой системы. То есть с момента своего зарождения американская правовая система формировалась как комплексная – она никогда не являлась (и объективно не могла являться) точной копией права английского.

В первой половине XVIII в. наметилась тенденция к большему сближению американского права с английской моделью. Это происходило естественным путем в силу целого ряда объективных факторов (тесные торговые связи с Англией, противостояние французским колониям; использование английских правовых материалов, привезенных с родины и т.д.). Большинство колоний (11 из 13) признали рецепцию английского общего права⁶. Однако колониальное право по-прежнему оставалось довольно неразвитой, бессистемной копией, *местной версии* английского права.

Сближение английского и американского права было прервано разразившейся войной за независимость американских штатов, итогом которой явилось принятие ряда фундаментальных документов (Декларации независимости, Статей конфедерации), ознаменовавших окончание колониального периода в истории права США. Признание независимости США привело к отрицательному отношению ко всему английскому и усилению влияния местных условий; стала популярной идея *самостоятельного американского права*. Во многих штатах (Кентукки, Нью-Джерси и др.) были изданы законы, запрещающие цитировать английские решения, вынесенные после 1776 г. Событием, ознаменовавшим собой окончательный разрыв с колониальным прошлым и создание суверенного государства *со своей собственной правовой системой*, явилось принятие в 1787 г. Конституции Соединенных Штатов Америки (как единого писаного акта, в отличие от английской конституции). Прямое заимствование английского права всё более ослабевало, вытесняемое местными традициями и потребностями развития американского общества. С этого периода в США, можно сказать, стали формироваться собственные национальные правовые традиции («*formative period of American law*»⁷). Г. Гилмор отмечает, что «бессмыленно говорить об “американском праве”

⁶ См.: Богдановская И.Ю. Указ. соч. С.184.

⁷ Mehren A.T. Law in the United States: A General and Comparative View. Deventer; Boston, 1989. P. 6–9. P. 8.

до 1800-х годов»⁸, т. к. оно представляло собой право отдельных колоний (публикация американских судебных решений также началась только в 1790 г.).

После завоевания независимости США в определенной степени встали перед выбором дальнейшего пути развития права: следует ли формировать правовую систему на основе прецедентного права Англии или обратиться к традициям континентального права с его ведущей ролью законов. Именно в определенной степени, поскольку объективно выбор уже был сделан – традиции общего права слишком сильно укоренились в сознании американцев. Как справедливо отмечал Р. Давид, триумф общего права в США стал «триумфом традиции»⁹. Разрыв с колониальным прошлым не означал разрыва с английской правовой традицией. Американские исследователи подчеркивают, что война за независимость не привела к «революции» в праве: оно продолжало развиваться эволюционным путем, не отрицая заложенные колониальным правом основы, а лишь наполняя их новым содержанием, приспособленным к новым условиям суверенного государства¹⁰.

После получения независимости Соединенными Штатами (а в неанглийских колониях – и до него) и принятия федеральной Конституции существенное влияние на их правовую систему стали оказывать правовые традиции континентального права. Само принятие Конституции США как единого писаного акта и наделение ее высшей юридической силой сблизило американское право с правом романо-германским. Начавшийся в XX в. необычайный рост количества статутов, охватывающих всё новые сферы общественных отношений, дал основание американским исследователям говорить о наступлении «эпохи статутов» («statutory age»)¹¹, пришедшей на смену «золотому веку» прецедентного права. В целом в США сейчас действует так же много законов, как и в любой стране континентального права¹². Необычайный рост статутов по-

⁸ Gilmore G. The Ages of American Law. New Haven; L. 1977. P. 8, 11.

⁹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 272.

¹⁰ См.: Friedman L. M. Law in America: A Short History. P. 32.

¹¹ См., например: Madden M.S. The Vital Common Law: Its Role in a Statutory Age // University of Arkansas at Little Rock Law Journal. 1996. Vol. 18. P. 555.

¹² Burnham W. Introduction to the Law and Legal System of the United States. St. Paul, 2011. P. 49.

ставил на первый план проблему унификации и систематизации американского законодательства, которая начала активно решаться путем принятия единообразных законов и кодексов (Свода законов США, отраслевых кодексов).

Однако традиции континентального права не смогли в полной мере укрепиться на американской почве, в первую очередь в силу действия идеологических факторов. А именно – из-за утвердившегося в правовой культуре США типа правопонимания: социологической юриспруденции, заложившей идеологическую основу судебного правотворчества, не характерного для стран романо-германской правовой семьи. Как отмечает О.А. Жидков, в первые десятилетия XX в. внимание американских судей стала постепенно все больше привлекать *социологическая юриспруденция*, которая «пышным цветом расцвела на американской почве, проявив себя в виде целого ряда “школ” и течений»¹³. Под воздействием концепций «социологической юриспруденции» суды стали рассматриваться открыто как активные участники правотворческого процесса¹⁴.

Завоевав основные позиции в правовой доктрине США, социологическая юриспруденция предопределила специфику американской правовой системы, оказав, в частности, существенное влияние на систему формальных источников американского права: с одной стороны, она заложила идеологическую базу судебного правотворчества и превращения судебного прецедента в основной источник права, несмотря на отсутствие конституционных основ признания его в качестве такового; с другой стороны, она обусловила преобладание адаптивного способа толкования законодательных актов, позволив судьям наполнять их абстрактные предписания конкретным содержанием, соответствующим изменяющимся социальным реалиям.

В результате современная система источников американского права сочетает в себе традиции как общего, так и континентального права: основными источниками выступают собственные нормативные правовые акты (конституции, статуты, административные правила), а также судебные прецеденты американских су-

¹³ Жидков О.А. Верховный суд США: право и политика. М., 1985. С. 57.

¹⁴ См.: Miller A. The Supreme Court: Myth and Reality. Westport, 1978. P. 32.

дов. Что же касается норм английского общего права, то в целом американская юридическая доктрина сейчас исходит из того, что они являются обязательными, только если не отменены конституциями или законами федерации или отдельных штатов, не изменены нормами обычного права и соответствуют «духу», нравам народа и здравому смыслу¹⁵. Поскольку различия между правом США и Англии становятся всё существеннее, американские суды всё реже ссылаются на английские нормы¹⁶.

Таким образом, даже беглый взгляд на историю развития американского права показывает, что оно шло по пути трансформации традиций английского прецедентного права через принятие писаной Конституции и массива собственных законодательных актов и собственных прецедентов *в американскую версию английского общего права* и далее через «эпоху статутов» в *самостоятельную* американскую правовую систему со своими правовыми ценностями, *интегрирующую* в системе своих источников правовые традиции континентального и общего права. Среди таковых традиций наибольшее значение имеют, на наш взгляд, следующие:

- принцип судебного правотворчества;
- принцип *stare decisis*;
- принцип верховенства Конституции;
- принцип разделения властей,
- принцип федерализма;
- принцип судебного конституционного контроля.

В настоящее время во многих своих чертах американское право является исключительно и единственным американским. Это естественный и очевидный факт. Каждая страна имеет что-то неизменное в своем праве. Каждая страна занимает уникальное место в пространстве, имеет свою собственную историю и традиции, поэтому никакие две национальные правовые системы не могут (и не должны) быть абсолютно тождественными. История американского права (от разнородного колониального права через «золотой век» права прецедентного к «эпохе статутов») является ярким примером того, как право одной страны преобразуется, при-

¹⁵ См.: Bouvier's Law Dictionary – Letter L: Law, Common // URL: http://www.constitution.org/bouv/bouvier_l.htm (15 марта 2013).

¹⁶ См.: Burnham W. Op. cit. P. 42–43.

способливаясь к самобытным чертам другого государства, сохраняя свою основу и в то же время приобретая весьма значительную специфику, по сути превращающую его в совершенно новое явление. А, значит, никакая глобализация не может и не должна устраивать в праве национально-культурную идентичность, базирующуюся на собственных правовых традициях.

*Графшонкина А.А.**

ИСТОКИ ШОТЛАНДСКИХ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ

Правовые традиции на территории Шотландии начинают складываться еще в V в. вместе с формированием правовой системы этой страны. Они же и помогают поддерживать ту обособленную правовую систему, которую можно наблюдать и сегодня, несмотря на уже 300-летнее документально оформленное слияние с Англией. Правовые традиции, правовая культура Шотландии претерпели ряд изменений и множество дополнений, заимствованных у других народов в ходе исторического развития и, как одна из особенностей правовой системы Шотландии выделяется его смешанность.

Говоря об особенностях Шотландии, в первую очередь хотелось бы отметить тот факт, что англичане и шотландцы первоначально имеют разное этническое происхождение. Шотландцы являются потомками пиктов (смесь кельтов и иберов) и гэлов (иногда произносят гэлов), англичане же являются потомками англов (германские племена) и саксов.

Первыми людьми Шотландии, упоминания о которых есть в письменных источниках, являются каледонцы. Около двух тысячелетий назад они объединились, чтобы дать отпор римским захватчикам. У римского историка Тацита есть упоминание о каледонцах, которые выступили против Агриколы¹. Около трех столе-

* Графшонкина А.А. – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российской университета дружбы народов.

¹ См. Тацит П.К. Сочинения в двух томах. Издание второе, исправленное и переработанное. Ответственный редактор С.Л.Утченко. СПб.: Наука, 1993

тий каледонцы защищали свою независимость от римской империи. Римляне оставили после себя не только руины, но и новое имя для каледонцев – пиктаи, что означало «разукрашенные». Дело в том, что каледонцы покрывали свое тело татуировками, похожими на те узоры, которые они использовали для украшений.

В пятом веке Шотландия выглядела как мозаика этнических групп – пикты доминировали на севере и востоке, племена бриттов, говорящие на валлийском, селились на берегу реки Клайд и на юге, а на западе господствовали недавно прибывшие племена гэлов родом из Ирландии.

Именно гэлы и сыграли главную роль в появлении Шотландии. Они первые приняли христианство. Единоверие стало связующим звеном разрозненных племен. Знать и вождей интересовали не христианские догматы, а более прагматичные преимущества новой религии – письменность, образованность. Именно письменность привела к централизации власти. Все, что решил и сказал глава клана теперь можно сохранить на долгосрочный период, стало возможно долгосрочное оформление отношений между кланами, становление правовой системы².

Пикты восприняли христианство намного позже, они верили в друидов и предпочитали передавать свои традиции устно. Прошло несколько этапов, прежде чем пикты окончательно христианизировались.

Но итог того стоил, Адамнан Ионский (623/624–704), писавший про христианизацию северной Британии, уговорил более 50 правителей от пиктов до королей Ирландии на создание документа под названием «закон Невинных» – это была своего рода «Женевская конвенция темных веков», она защищала женщин, детей и монахов во время войны. «Мужчина ни в коем случае не может ни убить женщину, ни зарезать, ни каким-либо другим способом лишить ее жизни...». Несмотря на непрекращающиеся войны, это соглашение положило основу цивилизованному обществу.³ Это соглашение было первым письменным сводом законов для пиктов. Все племена приняли это соглашение.

² См. Oliver N. A history of Scotland, Weidenfeld & Nicolson, 2009.

³ Smyth, A., Warlords and Holymen: Scotland AD 80-1000, Edinburgh University Press, 1984.

Северную часть Британии между реками Хамбер и Форт занимали англы – переселившиеся германские племена. Но вскоре англы обратили свой взор на север. Пиктские племена на протяжении долгого времени не вступали в битвы, заманивая англов все дальше вглубь гор. В итоге примерно в VII в. битва состоялась у реки Спей, о чем свидетельствует пиктский камень с орнаментом, показывающим ход битвы. Пиктские воины оттеснили англов к реке и закололи их. Но чтобы добиться этой победы, племенам пиков пришлось объединиться под предводительством одного короля. Это объединение было названо Пиктленд. После оттеснения англов на юг остальные племена гэлов и бриттов так же были повержены. Хотя оба народа и сохранили свою идентичность, но должны были платить дань королю пиков, а королевство Пиктленд стало к VIII-му в. самым могущественным на территории Шотландии.

Но так продолжалось недолго. На территорию Шотландии прибыли викинги, племена не знавшие христианства и поклонявшиеся богам войны Одину и Тору. Они оставляли за собой руины монастырей и полностью опустошенные поселения. Вскоре им стало недостаточно только золота и рабов, которыми они торговали вплоть до Константинополя. Они пришли заселить свои завоеванные земли. Они колонизировали часть Ирландии, Нортумбрию, Гебридские острова и земли гэлов. К тому же на Оркнейских и Шетландских островах они вырезали все пиктское население.

Кеннет МакАльпин на сегодняшний дня является величайшим героем шотландцев, который в 840 г. прогнал викингов, объединил Шотландию и короновался как первый король Шотландии. Именно эту версию до сих пор изучают в школах Великобритании. Но если рассмотреть источники подробнее, то можно увидеть, что на то время на территории Шотландии проживало несколько разрозненных племен: пикты, викинги, гэлы, англы, бритты. Все они сохранили самобытность и культуру. Источники же именуют Кеннета МакАльпина королем Пиктлендии. И лишь спустя сорок лет после его смерти встречается упоминание о нем как о короле Шотландии. Вопрос о том, как произошел переход от Пиктленда к Шотландии, может быть рассмотрен в одном из древнейших документов, хронике тех времен, хранящейся в Париже (Национальная библиотека Парижа). Хроника была перевезена в XVII в. французским при-

дворным из Лондона. В ней описаны короли династии МакАльпинов, правивших с IX–XI вв., эта летопись – труд нескольких авторов, дополнявших события по ходу истории с 879–889 гг., когда стираются упоминания о Пиктленде и появляется название Шотландия⁴.

У короля МакАльпина был сын Эд, он унаследовал королевство в сложный период, когда викинги завоевали Пиктленд. Два года они грабили королевство. Когда уже ничего не осталось, они двинулись дальше, оставив после себя руины. Автор летописи описывает период его правления так: «Он не оставил ничего памятного для истории». В этот момент в истории появляется Гирик, он был гаэлом, бежавшим от нападения викингов, он не был королевских кровей, но был чистолюбив, в 878 г. Эд был убит своими приближенными. Гирик был заинтересован в убийстве, и как приближенный стал пиктским королем. Затем он избавился от пиктской знати и поставил своих людей, затем он взялся за церковь и поставил во главу гэльского священника, который должен был произвести реформу. Так он подчинил себе все королевство, сделав его из пиктского гэльским, чтобы окончательно закрепить власть, он начал раздавать земли гэльской знати⁵.

Но у Эда оставался шестилетний сын Константин и кузен Дональд, которые были законными наследниками престола. Их приближенные смогли вывезти и отдать на воспитание их тетке, жене могущественного ирландского короля, на север Ирландии. Для нее семейные отношения оказались выше политических, это и спасло детей. Они выросли в королевской семье, впитали в себя язык и культуру, стали прихожанами гэльской церкви.

В 889 г. два кузена отправляются на свои земли в Пиктленд, чтобы занять принадлежащий им по праву трон. Дональд и Константин в итоге свергли узурпатора и вернули королевство, народ ждал возвращения к прежнему быту, языку, культуре и церкви – все должно было вернуться к пиктским традициям, ведь Гирик правил относительно недолго, всего десять лет. Но Дональд и Константин уезжали пиктскими мальчиками, а вернулись гэльскими принцами⁶.

⁴ См. *Oliver N. A history of Scotland*, Weidenfeld & Nicolson, 2009.

⁵ Там же.

⁶ См. *Woolf A. From Pictland to Alba: Scotland, 789–1070*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007

Хроника королей показывает, что появляется новое название «Албаниан», что на гэльском означает Шотландия. Также существует Ирландская хроника 900 г. в которой упоминается смерть короля Дональда, первого короля «Альбы» и его преемник, шотландский король Константин.

Именно «Альба», или Шотландия, стало новым государством, первоначально объединившим пиктов и выходцев из Ирландии гэлов, а позже и другие народы, населявшие территорию современной Шотландии.

Таким образом, пикты не исчезли, они вместе с гэлами создали новый народ – шотландцев. Их королевство Альба стало новым домом – Шотландией.

В XII–XIII вв. Шотландская правовая система переживает новую трансформацию, в ходе которой в Шотландию был привнесен феодализм и другие заимствования из права Нормандии. Так же нельзя не отметить влияние английского права на Шотландию. Несмотря на самостоятельность судов Шотландии, они полностью восприняли английскую прецедентную систему. Причиной тому послужил тот факт, что шотландский король Дэвид I, внедривший «норманизацию» в Шотландии, провел свою юность в Англии, и впоследствии привнес в право Шотландии уже апробированные элементы английского права.

Одной из первых кодификаций шотландских законов, созданных при короле Дэвиде I (1124–1153) являются законы Бретонцев и Саксов (*The Leges inter Brettos et Scottos* или англ. *Laws of the Brets and Scots*), где изложены системы компенсаций за травмы и смерть, основанные на рангах и родственных группах. На сегодняшний день сохранился лишь небольшой фрагмент исходного документа, где описываются наказание за несколько видов преступлений против жизни и здоровья человека.

Исторически сложилось, что термин «*Brets*» относится к бритским народам, в то время как «*Scots*» относится к народам, говорящим на гэльском языке и к ирландским народам. Вильям Форбс Скайн, однако, утверждал, что здесь «*Scots*» относится ко всем народам, живущим к северу от устья реки Клайд и реки Форт⁷.

⁷ Skene W. *The Tribe in Scotland, Celtic Scotland: A History of Ancient Alban (Land and People)* III (2nd ed.), Edinburgh: David Douglas

Помимо собственной важности этого документа в шотландской истории, также имеет важное значение его сходство с ирландским законом Брегонов и валлийскими законами, которые сохранились лучше, чем законы средневековой южной Шотландии, позволяя по сохранившимся источникам сформировать представление о существовавших в этом регионе законах и обычаях.

Кроме того, говоря о происхождении шотландского права, нельзя забывать, что оно представляло собой смешение обычаяв всех этносов, которые населяли эту землю.

Впоследствии самым долгим и массивным будет влияние континентального права на шотландскую правовую систему. С конца XIII – начала XVIII вв. происходит сближение с континентом в виде шотландско-французских отношений, вылившихся в «Старый Союз» – один из старейших военно-политических и культурных союзов. До XV в. в Шотландии не было своих университетов, поэтому будущие юристы отправлялись в университеты Франции, Германии, Нидерландов, где изучали главным образом римское право, которое в те времена играло роль «общего права» Шотландии.

Таким образом, говоря о традиционализме права Шотландии и его самобытности, которая специальным пунктом закрепляется за Шотландией в Договоре об Унии 1707 г., можно выделить правовую систему Шотландии как систему смешанного типа, основа которой зародилась еще при первых объединениях пиктов, бриттов и гэлов, населявших современные земли Шотландии.

*С.В. Чечелев**

ДОКТРИНА НУЛЛИФИКАЦИИ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ США: ТРАДИЦИИ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Правовая доктрина в США имеет давнюю и сложную историю ее становления и развития. Сам термин «Нуллификация», в буквальном переводе с латинского означающий лишение документа юридической силы, представляет собой учение в американской

* Чечелев С.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Омского государственного университета.

политико-правовой мысли (доктрину), согласно которому любой штат имеет право отменить (нуллифицировать) на своей территории действие федерального закона¹. Само данное понятие вошло в употребление в США после так называемых Кентуккийских резолюций 1798–1799 гг.

Известно, что США создавались в конце XVIII в. как договорная федерация. Свободный и равноправный союз штатов помимо очевидных выгод и преимуществ такой формы государственного устройства породил и немало спорных толкований в доктрине и практике североамериканского конституционализма.

Сторонники теории нуллификации исходят из той посылки, что конституция США 1787 г. (как и предыдущая конфедеративная конституция 1781 г.) есть своего рода соглашение (agreement), контракт или договор (compact), то есть делают упор на договорной стороне конституционного соглашения и уподобляют его обычному договору, который любая из сторон имеет право рассторгнуть. В частности, об этом заявляли в ходе Вирджинского ратификационного конвента в 1788 г. Эдмунд Рэндолльф и Джордж Николас².

Первоначально, при создании конституции, данная проблема не поднималась. Известно, что ее отцы-основатели отталкивались от неудачного опыта конфедерации, стремясь связать союз штатов более прочными узами. В то же время они предусмотрели и механизмы против узурпации и превышения власти в виде системы сдержек и противовесов внутри федеральной власти.

Однако противники предложенной модели федерализма указали на недостаточность правовых средств для защиты прав населения штата от произвола федерального центра. Впервые данная проблема была поставлена еще в ходе ратификации федеральной конституции в штатах.

Принятая конгрессом в 1789 г. (рассмотрена в 1791 г.) X поправка к конституции определяла, что полномочия, не закрепленные за федерацией, остаются за штатами, тем самым ограничи-

¹ см. Словарь американской истории под ред. Т.Пёрвиса. М., 2007, С. 343.

² Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution / URL:<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampagecollId=lled&fileName=003/lled003.db&recNum=587&itemLink=r%3Fammem%2Fhlaw%3A%40field%28DOCID%2B%40lit%28ed00323%29%29%230030638&linkText=1>

тельно истолковав разделение властей по вертикали, и дала, на наш взгляд, будущим нуллификаторам правовые основания для строительства своей теории.

Впервые теория нуллификации (как и сам термин) была обоснована и применена на практике законодательными собраниями Кентукки и Вирджинии (1798–1789 гг.), в резолюциях которых, принятых в качестве ответной меры на довольно жесткие и по сути дела неправовые федеральные законы о чужестранцах и подстрекательстве, утверждалось право каждого штата самостоятельно интерпретировать конституцию и решать, являются ли акты федерального правительства конституционными. А в случае превышения федеральными властями своих полномочий объявлять их недействительными.

Первая кентуккийская резолюция (1798 г.), написанная Т. Джефферсоном, приглашала другие штаты присоединиться к привозглашению указанных актов недействительными и не имеющими законную силу, а в резолюции 1799 г. уже речь шла именно о нуллификации федерального закона штатами.³

Автор Вирджинской резолюции Д. Мэдисон обосновал несколько схожее понятие интерпозиции. Как и нуллификация, интерпозиция состоит в объявлении спорного акта недействительным, однако не предполагает немедленных действий со стороны штатов. Сам Мэдисон в 1799 г. обошел этот вопрос молчанием, но позже (в докладе 1800 г.) в качестве вариантов предложил обратиться за поддержкой своего решения к другим штатам, предложить Конгрессу изменить спорный закон и внести соответствующую конституционную поправку, созвать конституционный конвент и т.д.).⁴

В XIX в. было несколько попыток нуллификации. К примеру, когда в 1809 г. Законодательное собрание Пенсильвании, не удовлетворенное решением Верховного Суда по делу США против Петерса, объявило о возможности нуллификации решений федеральных судов, Верховный Суд в качестве меры в порядке конститу-

³ Севостьянов Г.Н. Уткин А.И. Томас Дефферсон. М., 1976. С. 256–257, 262–263.

⁴ Исаев С.А. Джеймс Мэдисон. Политическая биография. СПб., 2006, С. 217–224.

ционного надзора объявил данное решение неконституционным, охарактеризовав его тем, что оно позволяет превратить конституцию в «пустой звук». А когда губернатор штата обратился за поддержкой в противодействии федеральным судам к милиции штата, то по приказу главы ВС Д. Маршала глава милиции был арестован. После этого, не получив поддержки президента США Д. Мэдисона, власти штата пошли на попятную⁵.

Другим широко известным случаем был протест штатов Новой Англии накануне и во время англо-американской войны 1812–1814 гг. против политики федерального правительства (отмена закона об эмбарго 1807 г. и ведение войны, существенно противоречившей торговым интересам предпринимателей региона). Решения так называемого Хартфордского конвента 7 штатов 1814 г. призывали легислатуры штатов протестовать против неконституционных законов конгресса и признали право штатов на интерпозицию федеральным властям. Однако в качестве формы интерпозиции была выбрана инициатива о принятии соответствующих конституционных поправок⁶.

Наиболее же известным для XIX в. случаем был так называемый нуллификационный кризис. Большинство исследователей считают этот кризис одним из наиболее серьезных испытаний федеративного союза североамериканских штатов на прочность и своего рода «прелюдией гражданской войны»⁷.

Обычно начало его относят к введению протекционистского тарифа в 1828 г. Последний своей жёсткой защитой американского производителя получил название «тарифа абсурда» или даже «тарифа ужасов»⁸. Однако открытое недовольство стало проявляться уже после принятия протекционистского тарифа 1824 г. В 1827 г легислатурой штата была принята серия резолюций, в которых, в

⁵ URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/115/case.html>; http://en.wikipedia.org/wiki/State_Documents_on_Federal_Relations/23

⁶ Исаев С.А. Указ. Соч. С. 506–508.

⁷ Алентьева Т.В. Реакция американского общества на нуллификационный кризис 1828–1833 гг. // Россия и Америка в XXI веке. Электронный научный журнал / URL: <http://www.rusus.ru/?act=read&id=18>

⁸ Троицкая Л.М. Некоторые аспекты проблемы торговли США с Великобританией (1815–1860) // Американский ежегодник, 1987. М., 1987. С. 84; Саломатин А.Ю. Указ. соч. С. 39–40.

частности, утверждалось, что раз Конституция США является договором («соглашением») между народом различных штатов, независимых и суверенных, то народ и легислатура штата (представляющая его) имеет право на выступление против нарушения фундаментальных основ договора. К таким нарушениям были отнесены, в частности, все предыдущие протекционистские тарифы, а также намерения федерального правительства производить строительство дорог и каналов без согласия штатов, в пределах которых их предполагалось строить⁹.

Известно, что высшим проявлением кризиса, вошедшего в новую fazu после тарифа 1832 г., было принятие специально со званным для этой цели конвентом Южной Каролины 24 ноября того же года решения о том, что протекционистские тарифы утрачивают свое действие в пределах штата, федеральные чиновники не могут более проводить сбор таможенных пошлин, а если федеральный союз попытается собрать их силой — заявить о возможном выходе из состава США¹⁰.

Концом кризиса считается принятие конгрессом США нового тарифа 1833 г., носившего компромиссный характер, и одновременно закона, позволявшего президенту США применять силовые меры по отношению к властям неподчинявшимся федеральным законам штата (2 марта 1833 г.), а губернатор и легислатура Южной Каролины «безмолвно приняли компромисс»¹¹.

Значение «нуллификационного кризиса» также состояло и в том, что и после него идея нуллификации сохранялась в скрытом виде в политике южных штатов и вновь проявились во время сепаратистского кризиса перед Гражданской войной в США. По сути дела сепаратисты южных штатов в 1860–1861 гг. также можно рассматривать как прямое следствие теории нуллификации и своеобразное крайнее проявление интерпозиции.

⁹ Snowden Y. Cutler H. History of South Carolina. Vol. II Chicago&N.Y. 1920. P. 568 // URL:<http://www.archive.org/stream/historysouthcar00cutlgoog#page/n17/mode/1up>

¹⁰ Ibid, P. 582–587., Houston D.F.A Critical Study of Nullification in South Carolina N.-Y. 1896. P. 109–110// URL: <http://www.archive.org/details/nullificationin00housrich>

¹¹ Диппель Х. Эндрю Джексон // Американские президенты. Ростов-на-Дону, 1997. С. 159.

Справедливости ради нужно отметить, что и штаты Севера также неоднократно прибегали к идеям нуллификации в нужных для себя случаях. Так, 1859 г. судебные власти Висконсина признали акт о беглых рабах 1850 г. неконституционным и приказали освободить заключенных, обвиненных федеральным окружным судом в нарушении данного закона. Верховный Суд США в решении по делу «Аблеман против Бута» признал, что Висконсин не имеет права объявить федеральный закон недействующим, ибо вступив в состав США, граждане штата признали верховенство федерального права, закрепленного в конституции, и принцип, согласно которому в случае противоречий федерального права и права штата априори действует первое¹².

После окончания гражданской войны и проведения Реконструкции идея нуллификации на длительное время была позабыта. Вновь о ней вспомнили уже в середине XX в. в связи с активно проводившейся в то время политикой расовой десегрегации.

Поводом для возрождения подзабытой доктрины стало решение Верховного Суда США по делу «Браун против школьного образования» (1954 г.). Согласно ему расовая сегрегация в школах была признана неконституционной. В ответ 10 южных штатов заявили о нуллификации или интерпозиции действиям, направленным не десегрегацию, и отказались выполнять данное решение Верховного Суда¹³.

В решении по делу «Купер против Аарона» Верховный Суд США (повородом было признание неконституционным решений легислатуры Арканзаса о предотвращении десегрегации школьного образования) объявил о невозможности нуллификации решения по делу Брауна штатами. Фактически это означало судебный запрет на саму нуллификацию. Ряд авторов считают, что таким образом Верховный Суд поставил окончательную точку в споре о конституционности самой доктрины нуллификации. В 1960 г. Верховный Суд схожим образом признал и неконституционность интерпозиции (дело Буша против приходской школы Нового Орлеана)¹⁴.

¹² URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/62/506/case.html>

¹³ URL: <http://www.lawnix.com/cases/brown-board-education.html>; <http://www.floridamemory.com/exhibits/floridahighlights/collins/index.php>

¹⁴ URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>

В настоящее время доктрина нуллификации в США вновь набирает популярность. В частности, об этом свидетельствует успех работы известного американского историка и автора Нью Йорк Таймс Томаса Вуда: «Нуллификация: как противостоять тирании в XXI веке». В этой работе довольно талантливо обосновывается правомерность нуллификации. Автор задается вопросом: если в случае возникновения правового спора между штатом и федеральными властями по поводу конституционности того или иного акта федеральных органов власти судьей выступает судебный орган федерального центра, то не является ли он судьей в своем деле, так как фактически представляет одну из сторон спора, и насколько объективным в таком случае может быть решение¹⁵. Правда, в качестве контраргумента можно привести такое возражение, что в таком случае не могут быть судьями в данном споре и органы власти штата (ни легислатуры, ни суды), так как они также являются одной из сторон данного правового спора.

Представляется, что подоплекой вновь активно возрождаемой неоднократно признававшейся неконституционной доктрины спора на сей раз является обострение межпартийного соперничества (во многом вызванного глобальными сдвигами, происходящими в базисе самого американского общества. Сами же США постепенно, но неуклонно всё больше движутся в сторону так называемого «социального» государства. Активной социальной политике (реформа здравоохранения и пр.), проводимой администрацией Президента Б. Обамы, противостоит консервативная идеология республиканцев, стремящихся минимизировать государственное вмешательство. Впрочем, сам Т. Вуд, обвиняя администрацию действующего президента, вынужден признать, что даже, по его мнению, самый успешный президент в истории США – Р. Рейган вынужден был расширять роль государства и федеральной власти¹⁶.

Представляется, что Доктрина нуллификации, существующая в американском праве более 200 лет, несмотря на неоднократно признаваемую высшим судебным органом США ее неконституционность, пользуется достаточной популярностью в общественном

¹⁵ Thomas E. Woods Jr. Nullification: How to resist federal tyranny in the 21 century / URL: <http://books.google.ru/books>

¹⁶ Ibid. P. 2.

сознании американцев. Это объясняется как историческими причинами – договорным характером происхождения федерации, так и тем, что данная доктрина фактически выполняет одну важную функцию – является своеобразной лакмусовой бумажкой, показывающей наличие острых проблем в политической жизни страны, а также временную неспособность государства существующими традиционными способами и средствами решить какую-либо сложную проблему.

*С.А. Соломонова**

ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЙ ШВЕЙЦАРСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ (НА ПРИМЕРЕ ФЕДЕРАЛЬНЫХ КОНСТИТУЦИЙ)

Традиция предполагает передачу, заимствование тех или иных аспектов, идей, положений. Перенять можно в т.ч. конституционный опыт, причем как собственного государства, так и зарубежных стран (настоящий или предшествующий). Применительно к Швейцарии на всем протяжении ее развития традиции играли немаловажную роль, оказывали влияние на становление самых разнообразных институтов. Даже название швейцарского государства «Швейцарская конфедерация» («Швейцарский союз»), встречающееся в литературе, а иногда и в переводе названия Конституции, отражает в основном почитание швейцарцами своих исторических традиций, а не специфику территориального устройства швейцарского государства¹.

История Швейцарии насчитывает три Основных закона, одобренных на федеральном уровне, причем два из них были приняты в

* Соломонова С.А. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург).

¹ В современной справочной литературе Швейцария рассматривается в качестве примера конфедерации в формально-юридическом плане, и при этом отмечается, что фактически она является федерацией. Форма государственного устройства // Юридический энциклопедический словарь / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2006. С. 772.

XIX в. Это первая в истории страны Федеральная конституция 1848 г.² и последовавшая за ней Федеральная конституция 1874 г.³ В настоящее время в швейцарском государстве действует Федеральная конституция 1999 г.⁴ Во всех них прослеживается преемственность в отношении основных идей и положений, а также структуры и техники построения текста. Это позволяет говорить о наличии собственной конституционной традиции швейцарского законодателя, причем в отношении как формы, так и содержания конституционных норм. Отметим, что формирование данной традиции во многом связано с историей страны.

Федеральная конституция 1848 г. была принята по итогам народного голосования и промульгирована Собранием представителей кантонов⁵ 12 сентября того же года. Она носила договорный, компромиссный характер и, как справедливо отмечает А.Н. Медушевский, являлась примером конституций, разработанных «представителями взаимно независимых территорий, которые хотели сформировать общее правительство» для решения определенных задач и достижения поставленных целей⁶. Нельзя не согласиться с мнением К.В. Арановского, который писал, что

² Текст Конституции по источнику: Федеральная конституция Швейцарии 1848 г. / Пер. с нем. С.А. Соломоновой // Правоведение. С. 167–183. Нем. текст см.: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Vom 12. Herbstmonat 1848 // Dr. J.C. Bluntschli. Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart: In 2 Bd. Bd. 2. Stuttgart, 1875. S. 429–449; Bundesverfassung vom 12. September 1848 // <http://www.verfassungen.de/ch/index48.htm>

³ Текст Конституции см.: Федеральная конституция Швейцарского союза 29 мая 1874 г. // Конституция Швейцарии / Под ред. В.В. Водовозова. СПб., 1905. С. 23–76. Нем. текст см.: Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 // <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm>

⁴ Текст Конституции см.: Союзная конституция Швейцарской конфедерации от 18 апреля 1999 г. // Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 3 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 2001. С. 537–579 (пер. с нем.); Немецкий текст см.: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 // <http://www.verfassungen.de/ch/index99.htm>

⁵ Немецкий термин «*Tagsatzung*» (от нем. *der Tag* — день и *sitzen* — сидеть) принято использовать для обозначения Собрания представителей кантонов (Сейма) Швейцарии. В 1848 г. оно выработало первую Федеральную конституцию Швейцарской конфедерации. Тем самым Собрание учредило современное швейцарское федеративное государство и самораспустилось (*Tagsatzung* // <http://infos.aus-germanien.de/Tagsatzung>).

⁶ Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М., 2005. С. 319.

Основной закон Швейцарии 1848 г. наряду с конституциями большинства европейских государств относили, правда «с допустимыми оговорками» к числу оригинальных⁷. Несомненно, при его создании Швейцарии не удалось избежать некоторых заимствований. «Образом правового и конституционного государства» послужили для нее США и Англия⁸, но при этом за основу была все-таки взята собственная конституционная традиция в рамках романо-германской правовой семьи.

К середине 1870-х гг. стало очевидно, что в Основном законе 1848 г. имеются пробелы, а отдельные его положения заметно устарели. Новая Конституция вступила в силу 29 мая 1874 г. и существовала 125 лет, до принятия ныне действующего Основного закона. По мнению ряда исследователей, «Конституция 1874 г. есть только развитие – *Weiterbildung* – Конституции 1848 г.»⁹. После принятия Основного закона 1874 г. это развитие продолжалось в виде внесения изменений и дополнений, преимущественно наделявших федеральные власти новыми хозяйственными правами. При этом Конституция 1874 г. сохранила принцип равенства ее субъектов, традиционное название и организацию власти, введенные еще Основным законом 1848 г.¹⁰

Обратимся к характеристике юридических особенностей швейцарских Федеральных конституций 1848 и 1874 г. Они во многом одинаковы, что опять же свидетельствует о формировании швейцарской конституционной преемственности. Структура обоих документов отличалась четкостью и логичностью. Каждая из них состояла из преамбулы, основной части, включающей в себя три раздела, и переходных положений. На протяжении всего текста наблюдалось единообразное употребление терминов. Обе Конституции можно назвать неполными, поскольку многие вопросы доз-

⁷ Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 394.

⁸ Палиенко Н.И. Правовое государство и конституционализм // Вестник права: В 4 кн. Кн. 1. Б. м., 1906. С. 137.

⁹ Дурденевский В.Н. Иностранное конституционное право в избранных образцах. Л., 1925. С. 96.

¹⁰ Конституцию 1874 г. называют иногда «поправками к Конституции 1848 г.». История Европы с древнейших времен до наших дней: В 8 т. Т. 5. От французской революции конца XVIII века до первой мировой войны. М., 2000. С. 234–236.

волялось регулировать текущим законодательством. Среди технических приемов, использованных швейцарским законодателем, обращает на себя внимание включение в их текст как статей, содержащих детальную регламентацию, так и кратких статей декларативного характера. Кроме того, длинные, сложные не только для понимания, но и для восприятия формулировки, не были изъяты из Конституций, что существенно усложняло работу с ними.

Обе Конституции базировались на следующих принципах: народного суверенитета, признания прав и свобод, равенства перед законом, разделения властей, федеративного государственного устройства, республиканской формы правления, демократического политического режима. Кроме того, они закрепляли четкое распределение компетенции как по вертикали (между органами власти Федерации и кантонов), так и по горизонтали (между высшими федеральными государственными органами). Примечательно, что в Конституциях Швейцарии полномочия Федерации и кантонов классифицировались не по видам компетенции (например, исключительной, совместной, остаточной), что характерно для конституций других стран, а по сферам общественных отношений, на которые они воздействовали (в частности, внешней политики, обороны, экономики и т.д.).

Основные законы Швейцарии XIX в. по возможности сохранили самостоятельность кантонов, допустив в то же самое время вмешательство в их жизнь федеральных властей. Таким образом, был закреплен своеобразный компромисс между самоуправлением кантонов и процессами централизации, присущими в той или иной степени любому федеративному государству. Уже к середине XIX в. стало очевидно, что в процессе развития Швейцарии как федерации необходимо учитывать языковые (в настоящее время в Швейцарии четыре языка имеют статус официального), религиозные и иные различия, поскольку только в этом случае можно создать прочное государство, не страдающее от бесконечной борьбы центростремительного и центробежного начал¹¹.

¹¹ Шилов В.С. Россия и Швейцария: сравнительный опыт федерализма (общее и особенное в XIX–XX вв.) // Россия и Швейцария: развитие научных и культурных связей (по материалам двусторонних коллоквиумов историков России и Швейцарии). М., 1995. С. 14.

Высшими органами государственной власти Швейцарии, начиная с 1848 г. и далее на протяжении всей истории развития ее конституционных учреждений, являются: Федеральное собрание (*Bundesversammlung, Assemblée fédérale*), Федеральный совет (*Bundesrat, Conseil fédéral*) и Федеральный суд (*Bundesgericht, Tribunal fédéral*). Первому вручена законодательная власть, второму – исполнительная, а третьему – судебная.

Законодательная власть осуществляется Федеральным (Законодательным) собранием, состоящим из двух палат, или, как они также называются в Швейцарии, советов: Национального совета (Палата депутатов) (*Nationalrath, Conseil national*) и Совета кантонов (*Ständerath, Conseil des Etats*). Еще к середине XIX в. стало очевидно, что наличие двух палат более соответствует сложной форме государственного устройства. Швейцария последовала примеру США, Конституция которых закрепила двухпалатную структуру Конгресса. Отметим, что для такого федеративного государства, как Швейцария, наличие двух палат было просто необходимо: Швейцария соединяет в себе множество относительно самостоятельных единиц (кантонов), далеко не равных по численности населения. Поэтому только при наличии бикамерального парламента в Швейцарии можно достичь компромисса: сохранить определенную самостоятельность каждого ее субъекта и в то же время обеспечить национальное единство.

Исполнительная власть в Швейцарии, в отличие от Франции и США, вручена Федеральному (Исполнительному) совету, состоящему из семи членов, срок полномочий которых составляет три года. Формирование Федерального совета происходит парламентом (обеими палатами) из числа швейцарских граждан. Председатель Федерального совета носит почетный титул президента Швейцарии. Он, как и вице-президент, избирается Федеральным собранием на один год и не может занимать свою должность в течение следующего года. Эта система получила название «швейцарской».

Полномочия и обязанности Федерального собрания и Федерального совета закреплены в Конституции и традиционно охватывают такие сферы, как внешняя политика, оборона, экономика, социальная политика, законодательство, организационно-распорядительная деятельность, правосудие, гарантии Федеральной конституции. При осуществлении своих полномочий Совет подотче-

тен Собранию. Фактически первый управляет всеми делами, отнесенными к ведению второго.

Конституционная практика пошла по пути рассредоточения административной деятельности между семью отделами (департаментами) Федерального совета. Члены Совета распределяют ее между собой по взаимному согласию. Для принятия решения было необходимо присутствие, по крайней мере, четырех членов Исполнительного совета. Решения исходили не от конкретного департамента, а от Федерального совета, как единого целого.

Швейцарский президент пользуется такими же правами, как и другие члены Федерального совета, и в той же мере, что и они, несет ответственность за управление. Президент является всего лишь председателем швейцарского Исполнительного совета. Вместе с тем как глава коллегиального органа он исполняет роль главы государства на различных церемониях и в отношениях с иностранными государствами.

Следует отметить, что Швейцарский Федеральный совет не имеет права окончательного решения вопросов, входящих в сферу его компетенции. Кроме того, правительству Швейцарии не предоставлено права вето. Даже в административных вопросах его власть нельзя назвать полностью независимой, поскольку его распоряжения могут пересматриваться, контролироваться и отменяться парламентом.

Высшим судебным органом в Швейцарии являлся Федеральный (Верховный) суд. Судьей может стать любой швейцарский гражданин, имеющий право быть избранным в Национальный совет. Верховный суд рассматривает как гражданские, так и уголовные дела, в том числе с участием присяжных заседателей. Его состав и компетенция определяются Конституцией и принимаемым в соответствии с ней федеральным законодательством.

Несмотря на достаточно длительный срок своего существования, Основной закон 1874 г. нельзя было назвать абсолютно стабильным. В него вносились многочисленные изменения, и к окончанию периода своего существования менее половины его статей сохранили свой первоначальный вид, а их количество возросло примерно на треть. Как справедливо заметил Б.А. Страшун, к концу XX в. Основной закон Швейцарии «представлял собой “лоскутное одеяло”: обилие поправок при архаичной структуре» во многом за-

трудняло его применение¹². Например, в первой части Конституции «Общие положения» содержались самые разнообразные, не всегда согласующиеся между собой по смыслу нормы об основах статуса человека и гражданина, федеративных отношениях, внешней и внутренней политике государства, а также некоторые другие.

Еще раз отметим, что потребность в наличии конституции, которая бы в большей степени отвечала современному уровню развития общества и государства, осознавалась в Швейцарии давно. Принят же ныне действующий Основной закон был после длительной и детальной разработки лишь в ходе состоявшегося 18 апреля 1999 г. референдума и вступил в силу 1 января 2000 г.

Предыдущие Конституции Швейцарии явились важнейшим правовым фундаментом швейцарской государственности. Но со временем многие их положения устарели, а стиль изложения стал малопонятен, ведь они были составлены около полутора веков назад. Положения новой швейцарской Конституции сформулированы современным, доступным для понимания языком. Она представляет собой четкий и логичный по структуре документ, включающий преамбулу и шесть частей (вместо трех, содержавшихся в Основных законах 1848 г. и 1874 г.). Примечательно, что действующая Конституция, как и предыдущая, в переходных положениях подробно регулирует в том числе и основы налогового права.

В ходе подготовки конституционной реформы высказывались доводы в пользу исключения из текста Конституции воззвания «Во имя Всемогущего Бога!», характерного для ранних конституций, но большинство населения все же высказалось за то, чтобы эта строка осталась. Несомненно, это свидетельствует о консервативности швейцарцев и приверженности устоявшемуся порядку. При этом потенциал страны позволяет ей активно включаться в мировые процессы интеграции.

Своеобразной конституционной традицией Швейцарии является проведение огромного числа референдумов, причем разных видов (конституционный, законодательный, обязательный, facultативный) и на различных уровнях (федеральном, кантональном, общинарном). Явление, подобное референдуму, существовало в

¹² Страшун Б.А. Вводная статья к Союзной конституции Швейцарской Конфедерации // Конституции государств Европы. Т. 3. С. 534.

швейцарском государстве еще со времен его образования (народные сходы или собрания)¹³ и постепенно было закреплено на конституционном уровне. Именно историческими причинами, по мнению швейцарских исследователей М. Шербюлье и Ж. Обера, обусловлена особая роль референдума в их стране¹⁴, которую по праву называют родиной прямой демократии.

Опыт Швейцарии в свете всей европейской истории представляется бесценным. Устойчивость и стабильность конституционного строя в этой небольшой по территории и численности нации стране является примером для подражания. Немаловажную роль в этом сыграли именно национальные традиции, столь ценные в Швейцарии и ставшие базисом для построения развитой государственной и политической системы.

*Аубакирова И.У.**

ПОНЯТИЕ И ПРЕДЕЛЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ ПОДХОД

В Казахстане, как и России, проблематика адекватных пределов государственного вмешательства в ту или иную сферу жизнедеятельности общества носит и в теоретической, и практической плоскостях актуальный характер. Она находится в фокусе внимания ученых и политиков с первых лет обретения независимости, став, по сути, важнейшей составляющей процесса поиска эффективной модели государственного строительства, оптимально учитывающей и вызовы современности, и культурно-исторический контекст эволюции общества.

¹³ Самый давний сход, известие о котором сохранилось в памятниках, состоялся в 1294 г. в Швице (Дюнан А. Народное законодательство в Швейцарии. Исторический обзор. СПб., 1906. С. 3).

¹⁴ Referendums. A Comparative Study of Practice and Theory. Washington, 1978. Р. 125.

* Аубакирова И.У. – доцент кафедры теории и истории государства и права Казахского гуманитарно-юридического университета (Астана, Казахстан).

Одним из базовых факторов, определяющих природу и пределы государственного управления, является присущая конкретному обществу политico-правовая традиция. Ей принадлежит важная функциональная роль в обеспечении преемственности и стабильности общественных и политических институтов.

Рассмотрение пределов государственного управления, культурных и социальных факторов, связанных с ними, логично начать с ознакомления с подходами к данной категории в современной правовой науке.

Анализ категории «государственное управление», как правило, осуществляется в аспекте более широкой категории – «социальное управление». При этом социальное управление, являя собой компонент определенной культуры, характеризуется своеобразием в вопросах способов упорядочивающего воздействия на общественные процессы конкретной страны, наличия типов социального взаимодействия.

Категория государственного управления как разновидность социального управления рассматривается в контексте взаимосвязи и взаимодействия государства и общества, что само по себе явно или имплицитно актуализирует вопрос о рамках охватываемых им явлений, отношений и процессов. Вместе с тем изучение правовой литературы по аспектам государственного управления показывает, что категория государственного управления гораздо чаще рассматривается исследователями, чем его пределы. Это можно частично объяснить сохранившейся с советского периода традицией обращения к различным абстрактным понятиям и категориям, что зачастую напоминает своего рода «юридическую схоластику» и нередко осуществляется в ущерб более «живым» и практически значимым категориям (таким, в частности, как «пределы государственного управления»), которые не могут исследоваться в отрыве от социальных и политических аспектов.

Традиционно в правоведении придерживаются двух основных подходов к пониманию категории государственного управления. В рамках первого из них государственное управление представляет собой непосредственно деятельность исполнительных органов государственной власти. К примеру, К.С. Мусилимова считает, что «государственно-административное управление – это сфера организующей и распорядительной деятельности органов

исполнительной власти (правительства, министерств, агентств, акимов)»¹.

В соответствии со вторым, наиболее распространенным, подходом субъект государственного управления определяется шире. Так, по мнению В.Е. Чиркина, государственное управление – это «целостная сфера деятельности государственной власти, всех ее ветвей, всех ее органов, всех должностных лиц, т.е. реализация государственной власти во всех ее формах и методах»².

Оба подхода в современной правовой доктрине определяют государственное управление посредством субъекта. В данной статье мы исходим из второй трактовки государственного управления.

Наличие в качестве основного признака государственного управления его субъекта неизбежно ставит вопрос о границах осуществления им управленческого процесса. Пределы государственного управления только весьма условно могут рассматриваться как абстрактная категория. Как не существует универсальной модели государственного строительства, так и нет однозначно установленных релевантных границ государственного управления не только в различных странах, но и на разных этапах развития конкретной страны.

Сущность государства (государственного аппарата) как субъекта государственного управления носит диахронный характер. Соответственно, пределы государственного управления не есть нечто неизменное, они достаточно подвижны и обусловливаются объективными и субъективными факторами. Каждый этап в эволюции государственности требует своего эффективного объема присутствия государства в конкретных сферах общества. В кризисные, переломные этапы слабость институтов государственного управления может повлечь хаос, анархию, а то и распад государст-

¹ Мусилимова К.С. Государственная служба и управление. Караганда: изд-во КарГУ, 2004. С. 7.

² Чиркин В.Е. Система государственного и муниципального управления. М.: Юристъ, 2006. С. 96.

Автор в работе расширительно толкует состав субъектов государственного управления, отмечая, что и некоторые межгосударственные организации и их органы могут участвовать во внутригосударственной управленческой деятельности. К примеру, касательно Казахстана и России такими органами являются органы Таможенного союза.

ва. В стабильные периоды излишнее участие государства в социально-экономической и духовной жизни влечет снижение мотивации к развитию, подрывает конкуренцию, порождает социальный инфанилизм.

В юридической литературе справедливо отмечается: «абсолютизация государственной власти приводит к диктатуре, к подавлению прав человека, к репрессиям инакомыслящих, политических партий и вообще оппозиционеров. Поэтому и нужен определенный предел взаимодействия общества и государства. Этот предел устанавливается гражданским обществом»³.

В постсоветских странах процесс формирования класса частных собственников как социальной базы гражданского общества имеет не завершившийся характер: сообщество частных собственников не только не является носителем идеи автономности, а, наоборот, демонстрирует потребность в активной организующей деятельности государства, в обществе превалируют иждивенческие настроения.

Исторический опыт развития государственности и Казахстана, и России свидетельствует о том, что ослабление государственной власти в условиях отсутствия устойчивых традиций гражданского общества приводит к деградации и других институтов общества. Напротив, подъем, процветание и успешные реформы обусловливались наличием сильной государственной власти.

Примечательно, что и убежденная сторонница неолиберальных реформ М. Тэтчер отмечала: «Как бы то ни было, значение культуры как компонента экономического успеха и фактора, влияющего на социальные и политические институты, совершенно реально»⁴.

³ Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. Т. 2 / Отв.ред. М.Н. Марченко. М: Проспект, 2011. С. 206–207.

В работе рассмотрены пределы государственного управления в отдельных сферах – экономической, социальной и духовной. Показывается, что во всех указанных сферах, несмотря на вербальные декларации о свободе от государства, наблюдается высокая степень влияния государства: «Во всех западных странах правительства не выступают в роли пассивных наблюдателей за всем тем, что происходит в обществе. Они, когда надо, вмешиваются не только в экономическую, но и в духовную, и в социальную». (Указ.работа. С. 202, 204–206).

⁴ Тэтчер М. Искусство управления государством. Стратегии меняющегося мира. М.: Альпина паблишер, 2003. С. 140.

Здесь уместно привести мнение также и другого политика – Г. Киссинджера: «...часто упускается из виду, что государственные и общественные учреждения Запада не возникли в одночасье на глазах современников, а развивались на протяжении веков, в течение которых сформировались законы, конституции и основные ценности общества. ...На Западе гражданское общество развивалось параллельно с созреванием современного государства. Это сделало возможным рост законодательных учреждений, которые ограничили и свели власть государства к кругу вопросов, которые общество не могло разрешить собственными силами»⁵.

Перевод экономики на либеральные рельсы «шоковыми методами» в неподготовленной к этому социокультурной среде повлекло такие негативные последствия, о которых с определенной долей иронии отмечает профессор Г.В. Мальцев: «Демократизация вылилась в либерализацию, а ее плоды обернулись гипертрофированной свободой тех, кого во всяком здоровом обществе считают разумным держать под пристальным общественным контролем»⁶.

Опыт стран постсоветского периода по внедрению подходов либеральной теории, в рамках которой особое внимание уделяется именно обоснованию пределов государственного управления, показал важность учета специфики социокультурной среды. Данная теория (приобретшая, по сути, в ряде зарубежных стран черты государственной идеологии), учит, что вмешательство государства в экономику и иные сферы должно быть ограничено необходимым минимумом, оставив стихии рынка в условиях «естественной конкуренции» самой определять наиболее эффективные направления общественной динамики.

По мнению Ф. Хайека, общественный прогресс – процесс неуправляемый, в основе которого лежит стихийная эволюция культурных традиций, отсюда – обеспечение стихийности, саморегуляции рынка есть лучшее решение в вопросе развития общества: «...уяснив себе, что именно эволюция традиции сделала возможной цивилизацию, мы, по крайней мере, можем сказать, что сти-

⁵ Ли Куан Ю. Сингапурская история. Из «третьего мира» – в первый. Изд-во МГИМО (У) МИД России; М., 2005. С. 6.

⁶ Мальцев Г.В. Бюрократия как правовая и моральная проблема. М.: Изд-во РАГС, 2009. С.75.

хийная эволюция есть необходимое, если не достаточное, условие прогресса»⁷.

Признавая то, что многие укоренившиеся ценности действительно можно объяснить лишь наличием коллективного бессознательного, вместе с тем, на наш взгляд, данная точка зрения неоправданно принижает элемент рационального. Не абсолютизируя субъективный фактор, тем не менее, считаем, что государство обладает весомым инструментарием (правотворчество, СМИ, образовательные программы), чтобы оказывать влияние на динамику общественного правосознания. Способность целенаправленно вносить перемены в социокультурные установки демонстрирует, в частности, успешная реализация на западе идей кейнсианства, среди которых, как известно, ведущей является стимулирование в обществе культуры потребительства.

Чтобы общество готово было воспринять иные социокультурные установки, власть должна сама исповедовать новые ценности и бескомпромиссно их придерживаться. При этом культтивируемые ценности не должны противоречить ценностям и институтам данного общества, им следует придать поначалу конкурирующий, но не противостоящий характер, они должны стать привлекательнее прежних в практическом плане, воочию демонстрируя преимущества. Практика государственного строительства в таких, к примеру, странах, как Турция, Сингапур, Южная Корея, может служить подтверждением возможности эффективных перемен в институционально-правовом сопровождении реформ.

Сегодня в условиях продолжающегося мирового кризиса ущербность абсолютизирования рыночного саморегулирования стала очевидной и в западных странах⁸.

⁷ Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М.: ИРИСЭН, 2006. С. 486–492.

⁸ В этом плане показательна дискуссия на книгу крупного ученого в области экономики права, самого цитируемого ученого-юриста в истории США Ричарда Познера «Крах капитализма» (2009), которая вызвала оживленную дискуссию среди сторонников и противников принципа «laisses-fair», включая представителей Чикагской школы и Пола Кругмана. В указанной книге обосновывается, что одной из причин финансового кризиса, повлекшего экономический, является политика, направленная на государственное deregulation, начавшееся в США еще в 70-е годы прошлого века. Примечательно, что Ричард Познер, прежде яв-

Главный из недостатков в подходах современных либералов заключается, на наш взгляд, в том, что, провозглашая невмешательство государства в различные сферы жизни общества (прежде всего в экономику), оно излишне абсолютизирует способность общества к саморегуляции. Однако в целом, на наш взгляд, отдельные элементы данного подхода в адаптированной форме можно использовать в современных условиях в странах постсоветского пространства.

Необходимо понимать, что у государства как единственного субъекта наластное принуждение объективно нет равных конкурентов. Монополия государства на принуждение всегда хранит в себе угрозу перехода к власти безграничной. Поэтому очень важно способствовать достижению обществом гражданской зрелости как основного сдерживающего фактора.

Пределы государственного управления должны быть построены на признании того, что государство должно самоограничивать себя в тех сферах, где есть потенциал для собственных механизмов саморегуляции, всячески поощряя их развитие. Однако в то же время оно не должно устраниться от эффективной реализации тех государственных функций, взять на себя которые гражданское общество не готово.

Правовые традиции Казахстана и России базируются на схожем типе политico-правовой культуры. Однако, если принять во внимание такой основной критерий глубины воздействия государства на общество, как уровень гражданского общества, то следует заключить, что российская практика демонстрирует большую степень зависимости пределов такого воздействия от социума. В России более давняя, а значит, и более глубокая демократическая правовая традиция, в структуре которой сравнительно выше весомость элементов западной правовой культуры⁹. В Казахстане сравнитель-

лявшийся одним из влиятельных в стране вдохновителей реализации идеи либеральной экономики и антирегулятивной идеологии, открыто заявляет об ошибочности этих представлений и в следующей своей книге «Кризис капиталистической демократии» (2010) предлагает новые подходы к регулированию экономики и бизнес-циклов, выработанные им на основе кейнсианства (См.: Posner R.A. A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2009. P. 315, Он же. The Crisis of Capitalist Democracy. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2010).

⁹ В своем предисловии к русскому изданию книги Ф. Закария относит Россию к европейской стране, показывая при этом истоки её самобытной культуры,

но больше распространены присущие традиционному обществу ценности, что проявляется, в частности, в клановости и кумовстве, большего питета перед государственными институтами.

Вместе с тем появление новых институтов в системе государственного управления обеих стран объективно влечет перемены социально значимого поведения, способствует росту гражданской зрелости, не проходит они бесследно и для правосознания самих управленцев, постепенно меняя представления в обществе о сущности и пределах государственного управления. Наглядной иллюстрацией для этого является внедрение института государственных услуг, когда взаимоотношения в рамках вертикали «власть–подчинение» приобретают с известной долей условности форму равноправных отношений двух сторон. При этом потребители услуг выступают не пассивными исполнителями воли государственных служащих, а активными участниками, имеющими право на контроль оценку и обжалование оказываемых услуг.

Анализ современных пределов государственного управления в большинстве стран постсоветского пространства показывает, что стимулирование иных, помимо государственных, механизмов регулирования экономической и социальной сфер происходит мед-

которые видятся ему в отсутствии характерного для развития европейской культуры факторов: наличия независимой от государства религиозной власти в лице римско-католической церкви, которая сдерживала всевластие и произвол светских правителей, а также наличие множества конкурирующих с центральной властью и между собой административно-государственных образований. Оба эти фактора оказались решающими в вопросе собственности на землю – первоосновы развития капиталистической либеральной демократии. Интересна мысль автора и о том, что демократия не должна опережать процесс установления основ гражданского общества, не предшествовать ему (Будущее свободы: нелиберальная демократия и будущее свободы. М.: Научно-издательский центр «Ладомир», 2004. С. XLVIII).

В научной литературе в отличие от мнения Ф. Закария есть и другая точка зрения, согласно которой Россия отнесена к стране с восточными традициями: «В восточных странах, в том числе в России, больше верят не правовым законам и нормам, а правителям, выступающим от имени государства» (Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2-х т. Т. 2 / Отв. ред. М.Н. Марченко. М: Прoспект, 2011. С. 202). Авторов обоих позиций объединяет взгляд об особой важности для России личностных качеств правителей. В научной литературе присутствует и третья точка зрения, согласно которой в России «существенно правовой традиции нет», высказанная, в частности, Л.М. Карнозовой, на мнение которой ссылается в своей книге Розин В. (Розин В. Право, власть, гражданское общество. Алматы, 2003. С. 211).

ленно. На наш взгляд, пределы государственного воздействия должны быть обозначены на уровне, способствующему таким сдвигам в базовых институтах общества, которые формируют в индивиде чувство ответственности за свою собственную судьбу, что выгодно и государству, поскольку оно получит возможность концентрироваться на главных, стратегически важных областях государственного управления.

Итак, пределы государственного управления зависят не только от зрелости институтов гражданского общества (хотя, безусловно, это определяющий фактор), но и от воли самой правящей социальной группы, ее способности к самоограничению, готовности на основе научных расчетов установить оптимальные границы воздействия на сферы жизнедеятельности общества.

Необходимо, всесторонне учитывая сложившиеся в данном обществе историко-культурные традиции, определять рациональные пределы в каждой конкретной сфере и на каждом этапе жизнедеятельности социума. Следует заключить, что концептуальная и нормативная база государственного управления должна устанавливать такие его пределы, которые обеспечивают баланс интересов отдельной личности, общества в целом и государства.

*Е.П. Русакова**

ПРОЦЕДУРА МЕДИАЦИИ В ЯПОНСКОЙ КОММЕРЧЕСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ АССОЦИАЦИИ

В мировой практике разрешения коммерческих споров прослеживается тенденция упрощения и ускорения процедур, наиболее распространенной из которых является медиация. Медиация (посредничество) – это способ разрешения споров путем проведения переговоров между сторонами, во главе которых стоит медиатор (посредник), как независимое и беспристрастное третье лицо. Основным условием применения данной процедуры является наличие между сторонами письменного соглашения о применении

* **Русакова Е.П.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов.

данной процедуры. В ходе процедуры медиации посредник помогает сторонам достичь соглашения, тем самым разрешив спор по существу. Целью проведения данной процедуры является достижение мирового соглашения на любом этапе медиации. Эта процедура является более экономичной и быстрой, чем арбитраж и судебное разбирательство. Как правило, результатом окончания медиации является заключение «дружественного соглашения», так как стороны, ранее спорившие друг с другом, заключают такое соглашение, которое удовлетворяет интересы обеих сторон.

Японская коммерческая арбитражная ассоциация¹ (далее, JCAA – Japan Commercial Arbitration Association) проводит процедуру медиации в соответствии с Международными коммерческими правилами процедуры медиации Японской коммерческой арбитражной ассоциации и Инструкциям стоимости медиации. Расходы, связанные с применением данной процедуры, являются экономически более выгодными для сторон, чем другие способы разрешения споров, даже по сравнению с арбитражем Японской коммерческой арбитражной ассоциации².

Установлен срок, в течение которого спор должен быть урегулирован, он составляет 3 месяца с момента назначения медиатора (посредника).

В соответствии с пунктом 5 Международных коммерческих правил медиации (далее – Правила) сторона, обратившаяся в JCAA для проведения процедуры медиации, должна сделать представление об этом и заплатить специальный сбор, который составляет 52.500 японских юеней с учетом налогов, данная сумма может быть оплачена как наличными, так и банковским переводом.

Медиация – это согласительная процедура разрешения споров. Основным условием достижения положительного результата данной процедуры является, в первую очередь, желание сторон применить этот механизм разрешения спора.

Некоторые коммерческие договоры изначально содержат пункт о применении процедуры медиации (посредничества) JCAA

¹ Данные официального сайта Японской коммерческой арбитражной ассоциации – [Электронный ресурс]. Код доступа: <http://www.jcaa.or.jp/e/>

² См.: Русакова Е.П. Рассмотрение коммерческих споров Японской коммерческой арбитражной организацией // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки», 2011. №3. С. 107 – 114

как способа урегулирования спора. В соответствии с п. 6.2 Правил Японская коммерческая арбитражная ассоциация направляет другой стороне соглашения запрос о возможности применения данной процедуры к спору между сторонами. Однако если другая сторона выразит свое возражение, то процедура медиации к такому спору применяться не будет.

В случае, если стороны заранее в договоре не оговорили условие о применении процедуры медиации, они могут это сделать тогда, когда возникнет спор, указав, что спор должен быть разрешен согласно п. 6.2 Правил JCAA.

Международные коммерческие правила медиации Японской коммерческой арбитражной ассоциации вступили в силу 1 января 2009 года, состоят из 3 глав (13 правил) и Приложений. Целью этих Правил является урегулирование всех необходимых процедурных вопросов при разрешении споров посредством медиации Японской коммерческой арбитражной ассоциации.

Всю необходимую для проведения процедуры медиации секретарскую работу выполняет Секретариат Японской коммерческой арбитражной ассоциации, который также по требованию любой из сторон спора или медиатора обязан подготовить конференц-зал для проведения слушаний.

Вся корреспонденция, согласно Правилам, должна направляться по почте, факсу или интернету, однако медиатор по соглашению сторон может выбрать любое другое средство обмена информацией. Кроме того, корреспонденция должна быть на японском или английском языках.

Медиатор и все сотрудники JCAA своими действиями должны выражать одинаковое отношение к сторонам спора в связи с проведением процедуры медиации. Совершение намеренного действия или бездействия, а также недобросовестность могут привести к ответственности.

Процедура медиации начинается с направления запроса в JCAA. Этот запрос о проведении процедуры медиации может быть сделан посредством почтовой службы, факсу или электронной почте одной или обеими сторонами. Данный запрос должен содержать: полное наименование или имена сторон, адрес, контактную информацию стороны, обратившейся в JCAA (телефон, факс, электронный адрес), а также всю известную этой стороне инфор-

мацию о другой стороне спора; если интересы стороны представляет представитель, то его имя, адрес и контактную информацию; краткое содержание спора; если стороны договорились о разрешении спора путем медиации согласно Правилам JCAA, то соглашение об этом; сведения о языке производства. Представительство допускается только через выдачу JCAA специальной доверенности JCAA представителю.

Основным условием начала рассмотрения запроса является наличие уплаченного сбора за проведение данной процедуры согласно специальным инструкциям. Если же данной сбор не был оплачен стороной, обратившейся в JCAA, то запрос будет считаться неподанным, о чем будет уведомлена данная сторона, и наоборот, если сторона не направит запрос и при этом оплатит сбор, то процедура медиации тоже не будет начата. Если запрос был направлен в соответствии со всеми требованиями, JCAA обязана без промедления зарегистрировать его и уведомить все стороны спора о начале процедуры медиации, приложив копию запроса. После направления запроса стороны должны в течение 21 дня сообщить о согласии проведения данной процедуры согласно Правилам или заключить такое соглашение, уведомив об этом JCAA. В случае согласия эта сторона должна направить в JCAA полное имя или наименование, адрес, контактную информацию, всю информацию о представителе, краткое содержание спора и желаемое окончание спора, а если у стороны есть пожелания в отношении языка производства, то его нужно указать. В случае, если в указанный выше срок JCAA уведомление не получено, то JCAA незамедлительно сообщает об этом стороне, обратившейся за проведением медиации.

По общему правилу медиатор должен быть назначен обеими сторонами. В случае, если такое согласие сторонами достигнуто не будет, JCAA назначит единственного медиатора и проинформирует стороны об имени, национальности, адресе и контактной информации. Кроме того, JCAA может назначить нескольких медиаторов, если посчитает это необходимым. Медиатор должен быть независимым и всегда оставаться беспристрастным. После своего назначения медиатор в письменном виде уведомляет JCAA об отсутствии обстоятельств, которые могли бы его скомпрометировать или вызвать сомнения в его беспристрастности. JCAA направляет сторонам это письменное заявление медиатора. Если же у одной из

сторон есть причины подвергать сомнению беспристрастность медиатора, она должна в течение 15 дней после получения уведомления JCAA о назначении медиатора направить свои возражения, а JCAA – принять решение либо об отстранении кандидатуры медиатора и назначить другое лицо, после консультации со сторонами, либо отказать в замене медиатора. В случае если в ходе проведения процедуры медиации появятся обстоятельства, которые могут повлиять на независимость и беспристрастность медиатора, то медиатор незамедлительно должен письменно уведомить об этом стороны и JCAA, а JCAA принять решение о дальнейшем участии данного медиатора.

Медиатор в процедуре посредничества играет роль арбитра, главной целью которого является дружественное разрешение спора, а также быстрое и справедливое ведение процесса. Стороны должны также приложить усилия для быстрого принятия взаимовыгодного решения, а также гарантировать медиатору полномочия в принятии решения на любой стадии данной процедуры. Принимая во внимание пожелания сторон, медиатор решает вопрос о языке производства, а также о ходе процесса. Кроме того, медиатор принимает решение о вовлечении в процесс советников, помощников, переводчиков и секретарей.

Процедура медиации начинается с проведения консультаций с каждой из сторон отдельно, в устной или письменной форме, о чем он извещает другую сторону. В обязанности медиатора входит также определение места проведения консультации. Процедура медиации должна быть завершена в течение 3 месяцев с момента назначения кандидатуры медиатора. Увеличить этот срок можно только по решению JCAA. Медиация заканчивается, если: 1) между сторонами не достигнуто соглашение о применении данной процедуры, 2) стороны заключили мировое соглашение; 3) истек предусмотренный Правилами срок (3 месяца); 4) медиатор после проведения консультаций пришел к выводу, что у сторон нет возможности прийти к соглашению, о чем письменно уведомит стороны, 5) либо по письменному заявлению одной из сторон медиатору о прекращении данной процедуры либо JCAA, если медиатор еще не назначен.

Стороны, заключившие мировое соглашение, могут назначить медиатора арбитром и попросить вынести арбитражное решение, которое бы инкорпорировало условия мирового соглашения.

Все слушания проходят в закрытых заседаниях. Медиатор, сотрудники JCAA, стороны и их представители, советники, помощники, переводчики и другие лица, вовлеченные в процесс, не должны раскрывать факты, известные в ходе процедуры медиации, за исключением случаев, предусмотренных законом. Кроме того, если сторонами не достигнуто соглашение об этом, то ни одна из сторон не может разглашать сведения, полученные в ходе процедуры медиации в арбитражном или судебном разбирательстве.

По окончании процедуры медиации стороны должны заплатить административный взнос, а также вознаграждение медиатору. Как правило, стороны несут в одинаковых размерах расходы на проведение данной процедуры. Размер вознаграждения медиатора определяется JCAA согласно Инструкциям стоимости медиации, в зависимости от сложности спора и скорости его рассмотрения.

*Сердюк Е.А.**

ВЛИЯНИЕ КЛАССИЧЕСКОГО ИСЛАМСКОГО ПРАВА НА ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННЫХ ИСЛАМСКИХ ГОСУДАРСТВ

Исламскому праву всегда были присущи консерватизм и ортодоксальность, в связи с чем некоторые исследователи сомневались в его способности эволюционировать в соответствии с требованиями времени. Так, Гегель считал, что «ислам уже давно сошел со всемирной исторической арены и вновь возвратился к восточному покою и неподвижности»¹. В начале XIX в., когда классическое исламское право переживало определенную стагнацию, подобное высказывание в какой-то степени соответствовало реальному положению дел. Но уже в конце XIX в. в исламском праве

* Сердюк Е.А. – кандидат философских наук, доцент, заведующая кафедрой философии Бердянского университета менеджмента и бизнеса, Украина.

¹ Гегель Г.В.Ф. Философия истории. Соч. в 14 т. [Электронный ресурс] / Гегель Г.В.Ф. М.: Государственное социально-экономическое издательство, 1935. Т. 8. С. 339. Режим доступа: http://platonanet.org.ua/load/knigi_po_filosofii/istorija_nemeckaja_klassicheskaja/gegel_socinenija_v_14_tomakh/12-1-0-733

произошли серьезные перемены, приведшие к его модификации в соответствии с требованиями времени.

В течении XX в. исламские государства заимствовали ряд правовых положений из других правовых систем. Этот процесс, правовая аккультурация, в основном затронул сферу конституционного, административного, гражданского, торгового, трудового, уголовного и уголовно-процессуального права. Как отмечает А.Х. Саидов, «в сферу отношений, которые раньше регламентировали лишь исламское право, вторглись нормативные источники европейского происхождения. Этот процесс, начавшийся в середине XIX в., затронул, прежде всего, сферы, в которых конфликт с традиционным исламским правом был не слишком острым»². Направленность правовой аккультурации в правовых системах исламских государств различается в зависимости от особенностей исторического процесса. Так, в ряде стран (Афганистан, Алжир, Египет, Марокко, Турция) преобладают заимствования из романо-германской правовой семьи, в других – из семьи ангlosаксонского права (Пакистан, Малайзия, Нигерия). Перестройка исламского права по западному образцу не привела к ликвидации исламской правовой системы. Для этого потребовалось бы реформировать все мусульманское общество в целом: исламское право тесно связано не только с религией, но и с самой цивилизацией ислама, является квинтэссенцией мусульманского духа. Один из крупнейших специалистов в области сравнительного правоведения Р. Давид считает, что в данных странах скорее можно ожидать «синтез категорий и понятий, заимствованных из западного права, и методов рассуждения и подхода, глубоко пронизанных традицией мусульманского права»³.

Правовая аккультурация способствует появлению новых возможностей в регулировании общественных отношений классическим исламским правом. Идет приспособление последнего к новым историческим реалиям через заимствование правовых положений из других систем права, применение формально не противоречащих

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 303.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.modernlib.ru/books/rene_david/osnovnie_pravovie_sistemi Sovremennosti

Корану и сунне обычаев, законотворческую деятельность исламских государств. Таким образом, правовыми системами современных исламских государств присущ дуализм: нормы классического исламского права сосуществуют с нормами, заимствованными из других правовых систем. В связи с тем, что социально-экономические общественные отношения изменяются в соответствии с потребностями современной жизни и уже не могут регулироваться только религиозными нормами, этот дуализм будет углубляться. Кроме того, на расширение сферы светского нормотворчества влияет развитие международных отношений, в том числе с немусульманскими государствами. Однако неизменным остается то, что основные принципы исламской правовой системы определяют правовые нормы классического исламского права, являются главенствующими и служат мерилом «новых» норм.

Анализ роли и влияния классического исламского права на развитие правовых систем в современных исламских государствах предполагает рассмотрение двух близких, но не тождественных понятий: «исламское право» и «правовая система исламских государств». Исламское право является персональным по своему характеру: оно указывает мусульманину, как он должен вести себя в соответствии с религией. При этом регулирует это право только отношения между мусульманами, «религиозный принцип, на котором это право основывается, отпадает, когда одна из сторон не является мусульманином»⁴. Правовая система, как определяет С.С. Алексеев, – это все позитивное право, рассмотренное в единстве с правовой идеологией и юридической практикой⁵. В качестве элементов правовой системы выделяют: систему права, систему законодательства, правовые институты и правовые учреждения, правовые понятия, принципы, символику, правовую политику, идеологию, культуру, юридическую практику.

Во второй половине XX в. начинает происходить усиление роли исламского права в правовых системах многих исламских государств, включение его норм и институтов в законодательство

⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://www.modernlib.ru/books/rene_david/osnovnie_pravovie_sistemi_sovre-mennosti

⁵ Алексеев С.С. Право – азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 47

ряда исламских государств. Ситуация в Иране и Пакистане, где все законодательство вернулось к основам классического исламского права в этом смысле показательна. Возрождение исламского права во многом было связано с исламизацией, ставящей целью реставрацию первоначальных ценностей и представлений ислама, единство религиозного и светского начал, «нерасчлененность» мирского и духовного.

Одной из первых стран, провозгласивших возрождение мусульманского права, стала Ливия. В 1971 г. в этой стране была провозглашена исламизация правовой системы. Принимаемые законы должны были основываться на принципах шариата, на основе которых пересматривалось и действующее законодательство, для чего создавались специальные комиссии. Были восстановлены нормы исламского уголовного права (об ответственности за кражу и разбой, о наказании за прелюбодеяние, о наказании за ложное обвинение в прелюбодеянии, об ответственности за распитие спиртных напитков), введены законы о религиозном налоге, запрете процентов при займах между частными лицами. В начале 1977 г. Коран был объявлен «законом общества», заменяющим конституцию.

Действующее правовое законодательство в соответствии с классическим исламским правом было реформировано и в Иране после победы исламской революции 1979 г. В статье 4 Конституции Исламской Республики Иран провозглашается, что «все гражданские, уголовные, финансовые, экономические, административные, культурные, военные, политические и другие законы и установления должны быть основаны на исламских законах»⁶. Статья 156 закрепила применение норм шариата при установлении ответственности за уголовные преступления. В конце 80-х гг. была проведена реформа уголовного права, в результате был принят Уголовный кодекс, статьи которого воспроизводят положения традиционного исламского уголовного права. В нем перечислены все три категории правонарушений по шариату – хадд (преступления, наказуемость которых определена в Коране и сунне), кисас (преступление, за совершение которого положено «воздаяние равным»), тазир (преступление, наказание за совершение которого

⁶ Конституция Исламской Республики Иран [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://constitutions.ru/archives/140>

точно не установлено Кораном, сунной или единогласным мнением муджахидов – знатоков шариата⁷.

Исламизация общества происходит и в Пакистане, где принят закон об исламизации общественно-политической жизни страны, в связи с чем действующее законодательство было изменено в соответствии с шариатом. Были приняты новые нормативно-правовые акты, призванные укрепить «мусульманский образ жизни», учрежден Федеральный шариатский суд для рассмотрения дел на основе этих актов.

В конституциях исламских государств есть ряд положений, подчеркивающих ведущую роль ислама в регламентации правовой сферы жизни общества. В конституциях большинства мусульманских стран ислам объявлен государственной религией: статья 7 Конституции Объединенных Арабских Эмиратов провозглашает: «Ислам – официальная религия союза, а шариат – официальный источник законодательства»⁸; статья 5 Конституции Исламской Республики Мавритании называет ислам религией не только государства, но и народа⁹. Конституции примерно половины исламских стран признают шариат или фикх источником законодательства (Бахрейн, Сирия, Катар, Йемен, Кувейт, ОАЭ, Оман, Ирак и др.). В статье 3 Конституции Исламской Республики Афганистан утверждается, что «В Афганистане ни один закон не может противоречить убеждениям и положениям священной религии Ислама»¹⁰. Подобная формулировка: «Ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама», содержится в Конституции Республики Ирак¹¹. Применительно к законодательству это означает, что шариат признается его главным источником. Как подчеркивает Л.Р. Сюккийнен, в Конституции Саудовской Аравии «положения относительно шариата харак-

⁷ Елаян Г.Ф. Основы мусульманского уголовного права [Электронный ресурс] Махачкала, 2002. Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/archives/216/8>

⁸ Конституция Объединенных Арабских Эмиратов [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/archives/178>

⁹ Конституция Исламской Республики Мавритании [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/archives/256>

¹⁰ Конституция Исламской Республики Афганистан [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/archives/240>

¹¹ Конституция Республики Ирак [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://constitutions.ru/archives/6109>

теризуют реальное содержание правовой системы Королевства, которая на самом деле ориентируется на шариат как на свой главный источник и критерий допустимости принятия любых нормативно-правовых актов»¹²

Однако не во всех конституциях, провозгласивших ислам государственной религией, шариат признается главным источником законодательства. Л.Р. Сюкийнен считает, что в данном вопросе важно не догматическое толкование отдельной конституционной нормы, а анализ той реальной роли, которую играет ислам в политической жизни и конституционном механизме государства¹³.

В конституциях большинства исламских стран избирательная система, в том числе выборы главы государства, напоминает избирательную практику западных стран. В этом также проявляется правовая аккультурация. Однако в этих же конституциях содержатся нормы, согласно которым главой государства может быть только мусульманин. Так в Конституции Пакистана (ст. 41) указывается: «Лицо может выдвигать свою кандидатуру на пост Президента только в том случае, если является мусульманином»¹⁴.

Классическое исламское право оказывает значительное влияние на правовую систему всех исламских государств. Это влияние проявляется в различной степени, но нет ни одного элемента исламской правовой системы, где бы оно отсутствовало. Так, правовая идеология исламских государств носит религиозный характер, поскольку основывается на Коране и сунне, благодаря чему является исламской не только по форме, но и по сути.

Государственная символика исламских государств содержит в себе символику, имеющую отношение к исламу: зеленый цвет на большинстве государственных флагов обозначает исламскую основу страны; полумесяц и пятиконечная звезда считаются символом мусульман, хотя о них ничего не сказано ни в Коране, ни в сунне; на флагах Саудовской Аравии и Ирака арабской вязью на-

¹² Сюкийнен Л.Р. Шариат как источник законодательства: конституционная теория и практика арабских стран [Электронный ресурс] / Л.Р. Сюкийнен. Режим доступа: <http://www.hse.ru/data/2013/04/05/1294839612/pdf>

¹³ Сюкийнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986. С. 117.

¹⁴ Конституция Исламской Республики Пакистан [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.worldislamlaw.ru/archives/245>

писано мусульманское свидетельство веры – «шахада» («Нет никакого божества, кроме Аллаха и Мухаммед Пророк и Посланник Аллаха»).

Классическое исламское право влияет на такие немаловажные составляющие структуры правовой системы, как правовой менталитет, правовое сознание, правовая культура и правореализация. Так, на формирование правового менталитета оказывает влияние то, что соблюдение правовых норм обеспечивается не принудительной силой государства, а религиозным осуждением. То, что исламское право имеет божественное происхождение, непосредственно сказывается на развитии правового сознания.

Как уже было сказано, правовая аккультурация и связанная с ней модернизация различных отраслей исламского права не привели к отказу от принципов классического исламского права. Причем это влияние продолжает оставаться значительным не только в традиционных отраслях (деликтное, гражданское, государственное или семейное право), но и в таких новых отраслях правовых систем исламских государств, как, например, банковское право. Несмотря на то, что финансовая система исламских государств была создана относительно недавно, в 70-е гг. XX в., сегодня исламские банки представляют собой серьезные коммерческие организации, существующие не только на Востоке, но и в Западной Европе и США. Исламское банковское право представляет собой совокупность норм нового светского законодательства и классического исламского права.

В исламской финансовой системе запрещается «риба», под которой понимается «любое неоправданное приращение капитала при займе или при осуществлении торговой сделки»¹⁵. Иными словами, взимание процентов, ростовщичество называется рибой и является запрещенным. На это указывается в Коране. Поощряя получение прибыли, ислам осуждает использование процента, считая, что такая деятельность не способствует развитию благосостояния общества. Кроме того, в финансовой системе запрещается деятельность, связанная с большими рисками, в связи с чем «налагается запрет на

¹⁵ Трунин П.В. Исламская финансовая система: современное состояние и перспективы развития [Электронный ресурс]. М. Муфтихетдинова. М.: ИЭПП, 2009. С. 7. Режим доступа: http://www.iep.ru/files/text/working_papers/122.pdf

“гаар” – намеренный риск, выходящий за рамки неизбежной случайности»¹⁶. Под понятие «гаар» попадает любая спекулятивная операция. Законы шариата запрещают финансировать торговые операции, связанные с определенными товарами: табаком, алкоголем, оружием, распространением порнографии, азартных игр. Нормы классического исламского права действуют как в отдельных финансовых организациях, так и на уровне целых стран, финансовые системы которых основываются на нормах и законах шариата. При каждом финансовом институте есть религиозные советники, составляющие шариатский наблюдательный совет, в функции которого входит «сертификация допустимых финансовых инструментов, подсчет и уплата заката, проверка банковских операций на предмет их соответствия шариату»¹⁷.

Влияние классического исламского права, его ортодоксальность не мешает правовым системам исламских государств динамично развиваться, отвечая потребностям современного общества. Например, развитие информационных технологий, распространение сети Интернет подтолкнуло исламские государства к созданию своего собственного подхода к урегулированию правоотношений в этой сфере: в Саудовской Аравии выработаны Правила пользования Интернетом где среди ограничений на распространение и пользование Интернетом, на первый план выносится информация, нарушающая фундаментальные принципы ислама¹⁸.

Необходимость модернизации классического исламского права, попытка толкования его норм в соответствии с запросами сегодняшнего дня осознаются исламскими правоведами. При этом принципы классического исламского права продолжают оказывать влияние на функционирование исламских правовых систем. И хотя степень этого влияния зависит от исторических закономерностей развития каждого конкретного исламского государства, культурных особенностей и геополитического расположения, в целом они продолжают оставаться ключевыми.

¹⁶ Трунин П.В. Исламская финансовая система: современное состояние и перспективы развития [Электронный ресурс]. М. Муфтихетдинова. М.: ИЭПП, 2009. С. 8. Режим доступа: http://www.iep.ru/files/text/working_papers/122.pdf

¹⁷ Там же. С. 9.

¹⁸ Бехруз Х. Исламские традиции права: Монография. Одесса: Юридическая литература, 2006. С. 258

РАЗДЕЛ IV

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ И СОВРЕМЕННЫЙ ПРАВОПОРЯДОК

*С.А. Осипова**

НАВОДНЕНИЕ НОРМ – ФАКТОР, ВЛИЯЮЩИЙ НА КАЧЕСТВО ПРАВОВЫХ НОРМ

Традиционное общество, а таким, по мнению Реймона Аронна (1905–1983), считается любое доиндустриальное общество¹, не нуждается в большом количестве правовых норм. Нормы создаются самим обществом, учитывая принцип справедливости, который обычно олицетворяет бог или богиня справедливости – как богиня Маат у древних египтян, Фемида у греков или Юстиция у римлян. Традиционному обществу свойственно воспринимать право как незыблемые каноны, континуитет которых сохраняется и при законотворчестве, потому что новые законы принимаются, жестко соблюдая неизменные принципы права, которые определены рели-

* **Осипова С.А.** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории права Латвийского Университета.

¹ Об этом Реймон Арон пишет, например Die industrielle Gesellschaft. 18 Vorlesungen (“Dix-huit Leçons sur la société industrielle”). Fischer, Frankfurt/M. 1964.

гией². Соблюдение справедливости, создание норм права и суда как органа обеспечивающего справедливость – требования, выдвинутые богами, соблюдение которых обеспечивает благосклонность богов и спасает мир от хаоса.

Традиционно стабильность и незыблемость права была определена религией. Еще никогда до новейшего времени, которое пришло с установкой секуляризации, право не было полностью оторвано от религии. До этого требование соблюдать справедливость всегда было и общественным, и религиозным требованием. Во всех религиях большое значение имеют понятия «справедливость» и «правовой порядок». Египетское право основывалось на культе богини Маат³, в Вавилоне справедливость олицетворял бог Шамаш⁴, у евреев правовой порядок определял божественный судья Яхве⁵.

В странах Европы до сих пор употребляется древнегреческое наследие – и идея народовластия, и аристотелевская концепция справедливости до сих пор актуальны. Но греческая правовая культура также традиционно неразрывно связана с религией. В греческой религии особое место занимает Фемида – богиня справедливости и правового порядка. Соблюдение правового порядка греки считали гарантом справедливости. Имя Фемиды значится уже в самих древних греческих текстах, в том числе в сочинениях Гомера⁶. Археологические раскопки на Крите и в Кносе подтверждают, что образ Фемиды еще более древний. Визуальному образу Фемиды не меньше 5 тысяч лет⁷. Представление греков о сущности права зашифровано в родословной греческих богов – у Зевса и Фемиды три дочери: *Eunomia* (правопорядок),

² Assmann J. Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen. München: C. H. Beck, 2002. S.105.

³ Wesel, Uwe Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zu Gegenwart. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2006. S. 100.

⁴ Meissner B. Babylonien und Assyrien. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1925. S. 3., Otto, Eckart Recht im antiken Israel./ Die Rechtskulturen der Antike. Ulrich Mante (Hrsg.) München: C.H. Beck., 2003. S. 162.

⁵ Gamper A. Gott als Richer in Mesopotamien und im Alten Tesstament. Innsbruck: Universitätsverlag Wagner, 1966. S. 203.

⁶ Homer Ilias. München, Ernst Heimeran Verlag, 1961. S. 934.

⁷ Muth R. Einführung in die griechische und römische Religion. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1988, S. 51.

Eiroene (мир) и *Dike* (справедливость)⁸. В мире олимпийских богов есть еще два понятия, связанных с правом: *aidos*, или стыд⁹, и *nemesis*, или возмездие¹⁰.

В любом традиционном обществе право – это над- или сверхчеловеческая категория, это космические, основные нормы мирового порядка. Изначально право сохраняется в устной форме. Норм права было столько, сколько можно запомнить. В традиционном обществе есть хранители или знатоки права, как понтифики у римлян, лагманы у скандинавов или рагинбурги у франков.

Во всех традиционных обществах изначально законы принимались народным собранием. Законотворчество государственных органов было ограничено обычным правом. Древнее государство законов принимало немного и в основном регулировало публичные правоотношения. В частном праве доминировало обычное право. Исследуя древние своды законов, можно заметить, что в них не регулируется целый ряд правоотношений. Это не значит, что эти правоотношения не были урегулированы! Как раз наоборот, законодатель не изменял правовую регуляцию этих отношений, оставляя в силе обычное право или предшествующий закон. Полная кодификация всего права в мировой истории права встречается исключительно редко, в основном разные культуры справлялись без этого.

Ни законы Хамураппи¹¹, ни Гортинские законы¹², ни законы Солона¹³ не содержали исчерпывающего перечня всех норм права, используемых обществом. Хотя наши современники их часто воспринимают именно так – как свод законов, содержащий всё

⁸ Muth R. Einführung in die griechische und römische Religion. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1988. S. 66.

⁹ Kerenyi Karl. Die Religion der Griechen und Römer. München, Zürich: Droemer-Knaur, 1963. S. 117.

¹⁰ Там же. С. 124.

¹¹ Osipova S. Hamurapi kodekss Latvijas zinbnieku darbos par cilvēktiesobīm.// Latvijas Universitātes raksti 740. sājums Juridiskb zinbīte. Roga: Latvijas Universitāte, 2008. 27–41. lpp.

¹² Gortyn. Stadtrecht./Inschriftliche Gesetztexte der frühen griechischen Polis. Hrsg. Reinhard Koener. Köln, Weimar, Wien: Böhlau Verlag, 1993. S. 444–555.

¹³ Plutarch Grosse Griechen und Römer. Bd. I. Zürich und Stuttgart: Verlag, 1954. S. Artemis Verlag. 1954. S. 230, Aristoteles Staat der Atheneren. Darmstadt Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1990. S. 12, 13.

право¹⁴. Только изредка, когда в обществе назревал конфликт, появлялось требование о кодификации всего права, как в случае принятия римлянами Законов 12 таблиц¹⁵ или когда проводилась основательная правовая реформа и централизация государственной власти. Это – пример свода императора Юстиниана¹⁶.

Основание государства очень долго не влияло на применение обычного права и принцип, что право принимается всем миром. С укреплением государства нормы начинают приниматься народным собранием, государем, и о них оповещали народ, а молчание народа толковалось как согласие. Другой вариант – это собрание представителей сословий. Но в любом случае по ходу истории право законотворчества все более отдалялось от народа. Надо отметить, что в частно-правовых отношениях народ продолжал жить по обычному праву, а в случаях, если государство решалось менять традиционные нормы, народом это воспринималось как несправедливость, на которую следовала бурная реакция в форме беспорядков или даже крестьянской войны, как в Германии в первой половине XVI века.

Только по ходу создания современного государства процессы унификации и кодификации права изменили ситуацию. Начиная с XVIII–XIX веков обычное право постепенно утратило своё значение, а его место заняли законы и своды законов. Например, в Германии только в 1900 году, когда вступило в силу Германское гражданское уложение, утратило силу обычное право. Притом надо брать во внимание то, что нормы обычного права и традиционное понятие справедливости часто новыми законами не менялись фундаментально. Этому способствовала философия права. В XVIII века и начале XIX века теория естественного права, а позже историческая школа права, бережно относившаяся к обычному и вообще традиционному праву.

¹⁴ Renger J. Noch einmal: Was war der ‹Kodex› Hammurapi- ein erlassenes Gesetz odere in Rechtsbuch? / H. J. Gehrke (Hrsg.) Rechtskodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich. Tübingen, 1994. S. 42.

¹⁵ Hattenhauer H. Europäische Rechtsgeschichte. 2. Verbesserte Auflage, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994. S. 56, 57.

¹⁶ Но даже при создании свода Юстиниана надо отметить, что группа компетентнейших византийских юристов не писала новые законы, а собирала и обрабатывала старые. По объёму подавляющая часть свода законов Юстиниана это наследие римского права и правовой доктрины.

Традиционное право давало стабильную основу для социальных отношений, служило основой для планирования жизни, потому что была часть норм, которые оставались неизменными. Это давало правовую устойчивость и гармонизировало общественную жизнь. Ситуацию в корне изменили особенности индустриального общества – социальная мобильность, отказ от единого вероисповедания и традиционной семьи, где вместе живет несколько поколений. XIX век востребовал право, которое принимается государством, потому что только государство может обеспечить применение права и контролировать его соблюдение, а также наказывать за нарушения. Индустриальное, урбанизированное общество само на это не способно. Это определило новую компетенцию государства, которая прежде традиционно была вне ведения государства, как, например, отношения в семье между супругами или родителями и детьми.

Динамические преобразования в обществе, переосмысление основных ценностей и возрастание обязанностей государства перед обществом и личностью определило то, что в XX веке избранный народом законодатель – парламент работал с возрастающей активностью и резко возрастало количество законов и других нормативных актов. Количество норм права, в том числе изменения в действующем праве, возрастало в геометрической прогрессии. Начиная с 60-70-х годов XX века, это явление исследуют западноевропейские социологи права. Немецкие социологи права это явление обозначили как «*Normenflut*»,¹⁷ что переводится как потоп или наводнение норм, но на русском значение содержания этого явления лучше передает обозначение «правовая лавина». У этого явления несколько причин – в постиндустриальном обществе и культуре постмодерна социальный контроль не способны надлежащим образом обеспечить традиционные социальные институты – семья, соседи, церковный приход, и этим теперь в основном занимается государство. Поэтому позитивное принятие государством права стало основным средством социального регулирования и контроля¹⁸. Чем более развито наше общество, тем пропорционально отчужденнее становятся его члены. Следо-

¹⁷ Achterberg N. Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdisziplin. In: Achterberg N. (Hg.) *Rechtsprechungslehre*. Köln: Heymann, 1986. S. 21

¹⁸ Pound R. Social Control through Law. Hamden: Archon, 1968. P. 20–25

вательно, увеличивается потребность в праве, принятом и применяемом государством.

Потребность в позитивном праве связана и с тем, что государство старается реализовать социальный контроль в отношениях, где все еще общество самоорганизуется и обеспечивает самоконтроль. Так, в Латвии законодатель считает своей обязанностью регулировать то, с какого возраста ребёнок может один оставаться дома, до скольких часов он может находиться без взрослых на улице, с какого возраста ребенок вправе следить за младшими и т.д.¹⁹. То есть государство отнимает право родителей самим судить о зрелости своего ребенка. Но это в принципе противоречит идеям демократии, права человека на народовластие, поскольку он рационален и способен самостоятельно принимать решения.

Таким образом, во всяком случае в Латвии, социальный контроль, реализуемый самим обществом со стороны государства, недооценивается и еще быстрее теряет свое значение²⁰. Как пишет немецкий правовед Норберт Хорн (*Norbert Horn*, 1936), современное общество испытывает нормативный голод²¹. Ответом является грандиозное увеличение числа правовых норм, которые безудержно обрушаются на обществом как правовая лавина. При таком количестве норм нельзя говорить о согласовании отдельных норм в процессе принятия закона с мнениями заинтересованных сторон, для того чтобы принятый закон отвечал социальным надеждам, возлагаемым на него, т.е. чтобы он создавал справедливое решение и гарантировал мир и стабильность в обществе. В законах предусмотрен процесс обсуждения законопроекта и оценка проекта в разных учреждениях, но эти процессы все более теряют свой изначальный смысл – развернутое согласование с целью избежать поспешных решений, которые могут нарушить права отдельных лиц или социальных групп. У нас часто при согласовании речь идет не о неделях, которые даны привлеченным для того, чтобы ознакомиться с проектом и высказать мнение, а о днях или даже

¹⁹ 19.06.1998. likums Bērnu tiesību aizsardzības likums [Закон о защите прав ребёнка] <http://www.likumi.lv/doc.php?id=49096> [15. 02. 2013].

²⁰ Cotterrell R. The Sociology of Law. An Introduction. 2nd edition. London, Dublin, Edinburgh: Butterworth, 1992. P. 289

²¹ Horn N. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. 4., neu bearb. Aufl. Heidelberg: Müller, 2007. S. 76

часах. Даже Конституционный Суд Латвии в одном решении согласился, что 15 минут в отдельных случаях достаточно для того, чтобы ознакомиться с законопроектом²². Правда, это было решение периода кризиса.

Законодательство работает как конвейер, на котором для повышения производительности каждому участнику законодательного процесса приходится двигаться все быстрее. Голова не спавает за руками...

В незавидном положении оказались органы, ответственные за качество производимого продукта, как в Латвии Совет Юстиции²³, которому выделены недостаточные материальные ресурсы для работы, а часто и сроки на подготовку и рассмотрение вопросов. Примером может быть оценка законопроекта, основательно реформирующего заработную плату судей. Юридическая комиссия парламента 25 ноября 2010 года (в четверг) обратилась к Совету Юстиции с просьбой до 6 декабря (понедельника) дать отзыв о законопроекте. Послание с законопроектом в Совете Юстиции получили в пятницу после обеда... Группа лиц – может быть, самых занятых во всей стране, потому что глава Совета – председатель Верховного суда, а среди членов – председатель Конституционного суда и Генеральный прокурор Латвии, без вспомогательного персонала за 5 рабочих дней должны была подготовить общее обоснованное мнение. Совет мнение подготовил. Оно было отрицательное. В ответе было упомянуто, что проект поспешный и некачественный, но это не замедлило дальнейшее его продвижение²⁴. Иногда кажется, что призыв Михаила Горбачева, высказанный в первой половине 80-х годов – гласность, перестройка, ускорение – только теперь основательно воспринят и не только в Латвии, но по всему ЕС. Мы все перестраиваемся, ускоряемся и всё время говорим об этом.

Динамически меняется не только чисто законов, но и содержание действующих норм права, потому что нормы непрерывно

²² Дело Nr. 2009-08-01 пункт 17.1. http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/spriedums_2009_08.htm. [20. 02. 2013]

²³ 03.06.2010. likums «Grozījumi likumā “Par tiesu varu”» [Изменения в законе О судебной власти] <http://www.likumi.lv/doc.php?id=212199> [27.02.2013]

²⁴ Из материалов дела Nr. 2011-10-01 Конституционного Суда Латвийской Республики. Решение по делу <http://www.likumi.lv/doc.php?id=245974> [27.02.2013]

дополняются или изменяются. Неюрист, т.е., человек без специального образования, не способен знать и соблюдать требования законов, и даже юристу это сложно. Похоже, в будущем придётся отказаться от принципа *незнание закона не освобождает от ответственности*. Этот принцип работал в тех столетиях, когда законов не было так много, и они были более-менее стабильны.

Даже судьи, бывает, решая дело, применяют устаревшие, утратившие силу нормы²⁵. Правовая лавина непосредственно влияет на квалификацию судей. От них требуется непрерывное изучение базиса норм трех уровней: Латвийской Республики, ЕС и международного права. Это потому, что Латвия унитарное государство, в федеративных членах ЕС (как Германия) есть и четвертый уровень. Объем информации, который приходится применять, и быстрота устарения этой информации для юристов, в особенности для судей, намного больше, чем в других профессиях.

Это означает, что дух времени требует от юриста непрерывного обновления своих знаний, не для того, чтобы улучшить квалификацию, а для того, чтобы сохранить квалификацию! Бывший председатель Федерального конституционного суда Германии *Hans-Jürgen Papier* критиковал тягу законодателя к увеличению числа законов, говоря «*больше законов автоматически не значит большие права!*»²⁶ В Германии последние 5 лет очень много говорят о новой цели государственной важности – бюрократизации (*Entbürokratisierung*)²⁷. Но бюрократизация напрямую связана с объемом законов. Чем больше законов, тем больше предписаний для действия. Чем больше предписаний, тем больше бюрократии.

Притом правовая лавина влияет не только на количество, но и на качество законов. У законодателя при работе в таком темпе случается брак²⁸. Притом неоднократно. Самый громкий случай в Лат-

²⁵ Osipova S., Strupīšs A., Rieba A. Tiesu varas neatkarobas un efektivitbtes palielināpanas un nostiprināpanas rezerves.// Jurista Vbrds. 09.03.2010. Nr. 10 (605).

²⁶ Gerichtspräsident Papier kritisiert Gesetzesflut. 07.02.2010. Bild. DE. <http://www.bild.de/BILD/regional/stuttgart/dpa/2010/02/07/gerichtspräsident-papier-kritisiert-gesetzesflut.html> (aplūkots 01. 03. 2010.)

²⁷ Beikirch E. Entbürokratisierung der Pflege. <http://www.bmg.bund.de/pflege/entbuerokratisierung-in-der-pflege/kontakt-zu-elisabeth-beikirch.html> (aplūkots 21.03.2013.)

²⁸ 16.05.1996. «Grozījumi Korrupcijas novēršanas likumā. *Kļūdas labojums*» [Изменения в законе О предотвращение коррупции] <http://www.likumi.lv/doc.php?id=203553&from=off> (aplūkots 01.03.2010.)

вии был по поводу изменений в Уголовном законе. Законом от 18.12.2003 была декриминализована мелкая кража²⁹ (изъята ч. 1 ст. 180 Уголовного закона Латвийской Республики).³⁰ Закон вступил в силу 01.01.2004, но уже 15.01.2004³¹ парламент решил, что эти действия опять уголовно наказуемы. «Почему так случилось? А потому, что после того, как исключили наказание за мелкие кражи из Уголовного закона, законодатель забыл принять закон, что эти действия административно наказуемы, и полиции пришлось отпустить пойманных карманников, магазинных воров и других, которые украли на сумму меньше 50 латов (~75 евро), потому что ни в одном законе за совершенное ими не полагалось наказание. И законодатель поспешил норму уголовного закона вернуть на место»³².

Ошибки законодателя влияют на уважение народа к закону и законопослушность. Правовая лавина намечает явную закономерность – с увеличением количества норм уменьшается их качество и законопослушность общества. Качество норм часто проверяется не перед их принятием, а после. Нарастает число изменений законов. Так, Уголовный закон 1998 года претерпел до 20 марта 2013 года 43 изменения и дополнения³³. Другой пример – Закон о налогах и пошлинах 1995 года изменился 59 раз. Ну как тут строить бизнес или даже планировать семейный бюджет? Это вам не английская Великая Хартия вольностей 1215 года, на столетия ограничившая власть монархов в налогообложении.

Правовая лавина потребовала от современного государства создания новых механизмов для проверки качества норм – это и обсуждение норм с участием разных общественных сил по ходу принятия закона, и проверка действующих норм в конституционном суде или даже международном суде. Но от этих процессов норм становится еще больше... Для возобновления стабильности права, которая была в период обычного права, и относительно ста-

²⁹ 18.12.2003. likums «Grozījumi Krimināllikumā» [Изменения в Уголовном законе] <http://www.likumi.lv/doc.php?id=82582> (aplūkots 21.03.2013).

³⁰ Там же.

³¹ Там же.

³² Интервью автора статьи с проф. по уголовно-процессуальному праву Кристиной Странда-Розенбергой 1 марта 2012 года.

³³ 17.06.1998. likums «Krimināllikums» [Уголовный закон]. http://www.likumi.lv/doc.php?id=88966&version_date=01.01.2015 [21.03.2013].

бильного позитивного права XIX века, во второй половине XX века был введен новый принцип публичного права – принцип правового доверия (*Rechtsvertrauen*), который предполагает, что гражданин может положиться на то, что государственные учреждения будут соблюдать его права, а законодатель будет считаться с теми правами, которыми наделил гражданина. Содержание принципа раскрывают решения административных и конституционных судов. Корни этого нового принципа права в римском *bona fides* – добросовестно исполнять частно-правовые договоры. Но лавину принципом не остановишь!

Т.А. Васильева *

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ГРАЖДАНСТВА В ЕВРОПЕЙСКИХ СТРАНАХ: НОВЫЕ ПОДХОДЫ И ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ

1. Гражданство относится к числу тех конституционно-правовых институтов, в которых правовые традиции проявляются с наибольшей степенью очевидности, поскольку оно затрагивает коллективное подсознание, которое выражается в чувстве принадлежности к сообществу, характеризуемому коллективной самобытностью¹. Именно посредством данного института государство конституирует и воссоздает себя как единое политическое сообщество. Не случайно предложения об изменении законов о гражданстве, как правило, порождают дискуссии в отношении вопросов более общего характера – формирования государственности и государственной идентичности.

2. Для стран, принадлежащих к западной правовой традиции, характерна определенная преемственность в правовом регулировании вопросов гражданства. Так, двойной принцип права почвы (предоставление гражданства по рождению детям иностранных

* **Васильева Т.А.** – доктор юридических наук, доцент, заведующая сектором сравнительного права Института государства и права РАН.

¹ См.: Жакке Ж.-Л. Конституционное право и политические институты. М.: Юристъ, 2002. С. 34.

граждан, родившимся во Франции, если один из их родителей также родился в данной стране), являющийся отличительным признаком французского регулирования, был закреплен в законодательстве о гражданстве еще в XIX в.

Большое значение для формирования института гражданства в Японии имело принятие в 1871 г. Закона о регистрации семей, предусмотревшего создание реестра семей, которые проживали на территории страны, – *koseki*. Регистрация семей, осуществляющаяся до настоящего времени, представляет собой основную форму учета и идентификации граждан страны. Именно сведения, содержащиеся в семейном реестре, имели решающее значение при вынесении решения об отказе в выдаче Перу бывшего Президента Республики А. Фухимори, родившегося в Лиме в 1938 г. Расследование, связанное с уточнением статуса данного лица, подтвердило, что отец экс-президента Перу сделал в консульстве Японии заявление о сохранении сыном гражданства по происхождению и А. Фухимори внесен в семейный реестр в префектуре Кумамото².

3. Нормы, регламентирующие гражданство, в значительной степени зависят от исторических, культурных и правовых традиций конкретной страны. Критерии, установленные для определения реальных или потенциальных граждан, достаточно четко показывают, какие идеи лежат в основе консолидации государства, какого поведения ожидают от иностранцев, проживающих в стране. Для одних государств характерен инклюзивный, государственно-центристский подход к трактовке гражданства, предполагающий автоматическое предоставление гражданства страны иммигрантам во втором и третьем поколении (Франция, Португалия).

Другим присущ этнокультурный подход к гражданству, предполагающий, что единство политического сообщества базируется на общности языка, религии, культуры либо на общем прошлом (Швейцария, Германия, Австрия).

4. Вместе с тем, несмотря на различие в правовых традициях, новые вызовы, с которыми приходится сталкиваться государствам, очень часто приводят к принятию сходных решений в сфере регулирования вопросов гражданства. Одним из наиболее серьезных

² См.: Japan Confirms Fujimori's Japanese Citizenship // People's Daily. 2000. 12 December.

вызовов в настоящее время является миграция. В 2009 г. иностранцы, не являвшиеся гражданами государств – членов ЕС, составляли 8,3% населения Швейцарии, 7,4% населения Испании, 6,8% населения Греции, 6,6% населения Австрии, 6,5% населения Италии, 6% населения Люксембурга, 5,7% населения Германии³. В настоящее время большинство мигрантов⁴ прибывает в эти страны в целях воссоединения семей или поиска убежища, то есть у принимающего государства практически нет возможности выбора новых жителей страны, многие из которых не знают ее языка и не обладают какой-либо профессиональной квалификацией. Кроме того, как отмечают исследователи, многие из иммигрировавших в Европу являются представителями так называемого предсовременного общества, сохранившего давно исчезнувшие или ставшие маргинальными в Европе обычай и традиции⁵.

Недавно проведенный опрос мигрантов, родившихся за пределами Европейского Союза и проживающих на законных основаниях на территории государств-членов, показал, что три из четырех мигрантов хотят стать гражданами страны пребывания, приобретение данного статуса, по их мнению, поможет лучше обустроиться, получить более престижную работу и повысить образовательный уровень⁶. Правильность этих предположений подтверждается практикой. По данным Организации по экономическому

³ См. подробнее : Migration Integration Policy Index III. Brussels: British Council, 2011.

⁴ В праве Совета Европы мигрантом считается лицо, проживающее на законных основаниях в государстве, гражданином которого оно не является, чье ходатайство о выдаче разрешения на пребывание было удовлетворено вне зависимости от цели его пребывания в стране (учеба, трудоустройство, воссоединение семьи, потребность в международной защите). См.: Committee on Migration, Refugees and Demography. Report to the Parliamentary Assembly “Policies for the integration of immigrants in Council of Europe member states” of 24 July 2003//<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/EDOC9888.htm> (дата обращения: 11 января 2009).

⁵ См.: *Воге П.Н.* Ислам в современном мире // Мусульмане в Европе: существуют ли пределы интеграции? Актуальные проблемы Европы. 2008. № 1. С. 12–13.

⁶ В опросе приняли участие 7000 человек, проживающих в 15 городах в 7 европейских странах (Бельгия, Великобритания, Венгрия, Германия, Испания, Италия, Франция, Португалия). См.: Huddleston T., Tjaden J.D. Immigrant citizens survey. How immigrants experience in integration in 15 European cities. Brussels: MPI, 2012.

сотрудничеству и развитию⁷, натурализованные мигранты, как правило, имеют лучшие возможности получить более квалифицированную и высокооплачиваемую работу, доступ к трудуоустройству в публичном секторе⁸. Получение гражданства облегчает также доступ к образованию, поскольку в некоторых странах (Швейцария) в университетах может вводиться верхний порог для приема иностранцев. Вместе с тем следует согласиться с утверждением о том, что интеграция мигрантов не станет успешной до тех пор, пока государственная идентичность не будет переосмыслена инклюзивным образом, путем акцентирования внимания на общих ценностях и совместном опыте, который объединяет людей, в том числе посредством совместной работы, а не на отличительных характеристиках, таких, как общее прошлое, которые лица, прибывающие в страну, приобрести не могут⁹.

5. Наиболее четко сближение подходов стран, отличающихся своими правовыми традициями, проявляется во введении интеграционных критериев при приеме в гражданство, а также в изменении позиции в отношении двойного гражданства. Оценки интегрированности лица в принимающее общество базируются, как правило, на таких показателях, как владение государственным языком, наличие базовых представлений о принимающем обществе, вовлеченность в коллективную социальную деятельность¹⁰. В некоторых странах предусматривается также требование экономической интеграции – наличие определенного стажа работы в государстве пребывания в течение установленного срока, предшествующего натурализации (Бельгия). Введение таких критериев позволяет государ-

⁷ См.: Part IV. Naturalisation and the Labour Market Integration of Immigrants // International Migration Outlook. SOPEMI 2010. Р.: OECD, 2010. Р. 157–186.

⁸ Однако в большинстве стран данные лица имеют все же меньше шансов получить работу, чем граждане страны. Исключение составляют Швеция и Нидерланды, где последовательно проводится политика трудоустройства мигрантов в публичном секторе.

⁹ См.: Papademetriou D.G. Rethinking National Identity in the Age of Migration. Council Statement from the 7th Plenary Meeting of the Transatlantic Council on Migration. Washington: MPI, 2012. Р. 6.

¹⁰ См.: Beacco J.-C. Adult migrant integration policies: principles and implementation. Council of Europe Language Policy Division. Strasbourg, 2010. Р. 9 http://www.coe.int/t/dg4/linguistic/Migr2010_BrochureB_en.doc (дата обращения: 19 августа 2012 г.).

ству осуществлять отбор кандидатов с учетом их социальной адаптации и интеграции вместо того, чтобы формально представлять гражданство всем, кто обратился с соответствующим ходатайством, при условии соблюдения установленного ценза оседлости.

Введение проверки знания государственного языка лицами, претендующими на получение гражданства, является одной из универсальных тенденций развития законодательства о гражданстве. Формализованные языковые требования при приеме в гражданство были введены в 2002 г. в Дании, 2003 г. в Нидерландах, в 2004 г. в Великобритании, в 2006 г. в Австрии, в 2007 г. в Германии, в 2012 г. во Франции. Как правило, для приема в гражданство требуется такой же уровень владения языком, как и для получения разрешения на постоянное проживание (Финляндия, Австрия), или выше (Лихтенштейн). Установленные требования обычно не превышают уровня самостоятельного владения.

В ряде европейских стран (2005 г. – Великобритания, 2006 г. – Австрия, 2007 г. – Дания, 2008 – Германия, 2012 г. – Франция) была введена также проверка базовых знаний кандидата на натурализацию о принимающем государстве и обществе. Сегодня при приеме в гражданство необходимо продемонстрировать знание культуры и истории страны в Дании и Греции, прав и обязанностей гражданина во Франции, знакомство с демократическим устройством и историей в Австрии¹¹. В Великобритании в рамках теста, определяющего «знание жизни в Соединенном Королевстве», необходимо, в частности, показать знание традиций и обычая страны. В Нидерландах лица, ходатайствующие о приеме в гражданство, должны сдать интеграционный экзамен в рамках программы первичной адаптации мигрантов. В Люксембурге кандидат на натурализацию должен только представить свидетельство о том, что он прослушал лекции по гражданскому образованию, но его знания в этой области не оцениваются¹².

6. Отношение к множественному гражданству существенно изменилось в эпоху глобализации, когда все большее значение

¹¹ В странах с федеративным государственным устройством (Австрия, Германия) в тестах содержатся вопросы об особенностях того или иного субъекта федерации, в котором проживает лицо, ходатайствующее о приеме в гражданство.

¹² Необходимо посетить три лекции, две обязательные – о государственных институтах страны и о правах человека, и одну – по выбору.

стали придавать экономическим возможностям, профессиональному и творческому потенциалу лица, а не его гражданству. В свете политики интеграции иностранцев граждане других стран все реже рассматриваются в принимающем государстве как представляющие потенциальную угрозу общественному порядку и национальной безопасности, а основная масса мигрантов сохраняет гражданство по происхождению, преследуя гораздо более прагматичные цели (возможность свободного въезда, поддержания стабильных контактов с членами семьи, беспрепятственного осуществления предпринимательской деятельности), чем лояльность стране происхождения. Для многих из них сохранение гражданства по рождению имеет сугубо символическое значение как элемент личной идентификации.

Добровольное приобретение гражданства иностранного государства в настоящее время во многих странах не влечет за собой автоматической утраты гражданства по происхождению¹³. Признание двойного гражданства все чаще понимается как один из признаков либерализации подходов государства к предоставлению гражданства¹⁴, шаг в направлении создания постнациональной концепции правовых связей, открывающей населению государства новые возможности для свободы передвижения и множественной идентичности¹⁵. Все большее распространение получает точка зрения, согласно которой гражданство должно рассматриваться как выражение личной связи со страной, а не личной лояльности, и лицо может быть связано отношениями не только политического, но и культурного, экономического, социального или эмоционального характера с несколькими государствами¹⁶.

¹³ В Бельгии, Швеции, Великобритании, Болгарии, Хорватии, Венгрии, Греции, Италии, Португалии, Турции, Финляндии, Франции, Исландии, Румынии, Люксембурге, Мальте, Польше, Кипре, Швейцарии.

¹⁴ См.: *De Hart B., Van Oers R. European trends in nationality law // Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European Countries. Vol. 1: Comparative Analyses. / Ed. by R. Bauböck, E. Ersbøll, K. Groenendijk, H. Waldrauch. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. P. 336.*

¹⁵ См.: *Dual Citizenship for Transnational Minorities? How to Respond to the Hungarian-Slovak Tit-for-tat / Ed. by R. Bauböck // EUI Working Papers. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EUDO Citizenship Observatory. 2010. No. 75. P. 2.*

¹⁶ См.: *De Hart B. Political Debates on Dual Nationality in the Netherlands (1990–2003) // Migration and the Regulation of Social Integration. / Ed. By A. Böcker, B. de Hart, I. Michalowski. Osnabrück: Osnabrück University, 2004. P. 154.*

Однако отказ от прежнего гражданства как условие натурализации все еще сохраняется в ряде государств¹⁷. Как правило, это обосновывается тем, что двойное гражданство препятствует полной интеграции бипатрида в стране нового гражданства, а также приводит к неравномерному распределению бремени прав и обязанностей между лицами, имеющими одно или несколько гражданств. Вместе с тем необходимо учитывать, что в законодательстве этих стран предусмотрены многочисленные основания отступления от требования об отказе от второго гражданства (Германия, Нидерланды). Так, в Нидерландах до 62,7% натурализованных иностранцев сохраняют второе гражданство¹⁸, и число лиц, имеющих двойное гражданство, продолжает увеличиваться: 1998 г. – 600 000 человек, 2006 г. – 1 000 000¹⁹. Таким образом, и в данной сфере можно говорить об определенном сближении подходов стран, имеющих различные правовые традиции.

С.Ю. Суменков
**ИСКЛЮЧЕНИЯ ИЗ ПРАВИЛ
КАК ТРАДИЦИЯ РОССИЙСКОГО ПРАВА**

Одной из традиций российского права является наличие исключений из общих, единых для всех правовых правил. Пожалуй, нет такого нормативного акта, в котором в той или иной фонетической форме не присутствовало бы понятие «исключение». Законодатель никогда не мог игнорировать многообразие регулируемых правом общественных отношений и неоднородность субъектов, в них участвующих. Не случайно, еще Р. Иеринг отмечал: «Исключ-

¹⁷ В Австрии, Латвии, Литве, Чехии, Эстонии, Болгарии, Хорватии, Германии, Дании, Испании, Нидерландах и Норвегии.

¹⁸ См.: Van Oers R., De Hart B., Groenendijk K. Netherlands// Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European Countries. Vol. 2: Country Analyses / Ed. by R. Bauböck, E. Ersbøll, K. Groenendijk, H. Waldrauch. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. P. 392.

* **Суменков С.Ю.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права и политологии ФГБОУ ВПО «Пензенский государственный университет»

чения часто являются лишь формой, в которой правило расширяется, совершенствуется, изменяется с виду»¹.

Примером иного рода, показывающим способность исключений «раздвигать» установленные правом пределы, смягчать их жесткость, обеспечивать соответствующую объективным условиям, интересам и потребностям людей эластичность правовых предписаний, является государственное признание религиозных браков, заключенных на оккупированных территориях в период Великой Отечественной войны, и фактических брачных отношений, возникших до 8 июля 1944 г². Это исключение, детерминированное трагедией войны и оккупации, в соответствии с ч. 7 ст. 169 Семейного кодекса РФ действует и в настоящее время.

Определенной догмой стало восприятие права в качестве общего, единого для всех регулятора, направленного на унификацию и стандартизацию соответствующих общественных отношений. Соглашаясь с данной точкой зрения, хотелось бы, тем не менее, задаться вопросом – за счет чего достигается универсальность права, чем можно объяснить всеобщность права, способность адекватно реагировать на неоднозначные и динамичные жизненные казусы.

По нашему мнению, уникальность права состоит в том, что оно, объективно предполагая типизацию регламентируемой социальной среды, имеет возможность учитывать неоднородность, многогранность и разносторонность подпадающих под его упорядочивающее воздействие тех или иных ситуаций, процессов, а также субъектов, в них участвующих.

Подобная способность права вызвана различными факторами, основным среди которых выступает допустимость присутствия в праве такого феномена, как исключение. Исключение – категория неординарная, обладающая сложной природой и неоднолинейным характером. Суть исключения в том, что оно санкционирует в некоторых ситуациях или (и) для отдельных лиц отличающиеся от пра-

¹ Иеринг Р. Юридическая техника / Перевод с нем. Ф.С. Шендорфа. СПб, 1906. С. 62.

² Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении высшей степени отличия – звания «Мать-героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и медали «Медаль материнства» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. Ст. 37.

вила вариации поведения. Исключение детерминирует дополнение в правило либо изъятие из него и появление легальной альтернативы последнему. Посредством исключений обеспечивается требуемая гибкость и дифференцированность правового регулирования. В совокупности правило и исключение представляют собой нормативный комплекс, позволяющий достигать максимальной полноты и эффективности выполнения правом своих функций.

Однако исключение никогда не должно подменять собой правило, ибо доминирование исключений неизбежно приведет к разрушению правовой конструкции общества и деградации правовой системы.

Дilemma исключений заключается в том, что они, не нарушая правила, все же предлагают иной, во многом не схожий с общим, вариант развития ситуации.

Грань между исключением и правонарушением – очень тонка, что обуславливает самое пристальное внимание к изучаемому феномену.

Однако, с другой стороны, игнорируя потребность в исключениях из правил, право утратит свое качество всеобщего нормативного регулятора.

Объективная необходимость в исключениях как отражении разнообразия окружающей действительности и в то же время потенциальной возможности перехода в негативную составляющую правовой жизни объясняет перспективность изучения аспектов, связанных с наличием исключений.

Формами проявления исключений служат такие термины, как «за исключением случаев» (единичный вариант – «за исключением случая»), «исключительный случай», «за исключением», «в порядке исключения», «в виде исключения»³.

Данные термины выполняют определенную смысловую нагрузку: «за исключением случаев» – базовая формулировка, имеющая универсальное значение, характеризующая атипичность жизненного казуса; «исключительный случай» – подчеркивает экстра-

³ Пользуясь словами М.Л. Давыдовой о терминах вообще, можно сказать, что именно эти термины, как квинтэссенция терминосистемы, приобретают статус нормативно-правовых и затем используются во всех сферах юридической деятельности, во всех видах правовых актов и подпитывают тем самым развитие науки (См.: Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. С. 143.).

ординарность события; «за исключением» – направлен на детализацию того, что (кто) же именно выступает исключением; «в порядке исключения» – регламентирование процесса констатации и реализации исключений; «в виде исключения» – усиление акцента на исключительности тех или иных положений.

«Родственными» с исключениями терминами, связанными с оценкой того или иного эпизода как нестандартного, выступают такие, как «случай, не терпящий отлагательства», «особый случай», «необходимый случай», «чрезвычайная ситуация».

Юридическими детерминантами исключений служат термины «исключительные обстоятельства», «исключительные личные обстоятельства», «особые обстоятельства», «уважительные причины», «чрезвычайные обстоятельства», «обстоятельства, исключающие...».

Интересную роль специальных правил в терминологической системе исключений играют термины: «особые условия», «особый порядок», «исключительный порядок».

Исключение стоит характеризовать как абстрактный (обобщающий) прием формулирования юридических норм. Значение исключения, оцениваемого в качестве необходимой абстракции, состоит в том, что «с его помощью оказывается возможным достичнуть высокой степени нормативных обобщений и тем самым усилить свойственную праву нормативность, следовательно, усилить функции и роль права как нормативного регулятора»⁴.

Так, например, абз. 2 п. 10 Положения о Комиссии при Президенте Российской Федерации по вопросам кадровой политики в правоохранительных органах гласит: «В исключительных случаях по решению председателя Комиссии лица, претендующие на замещение высших должностей в правоохранительных органах, и лица, замещающие высшие должности в правоохранительных органах, могут приглашаться на заседания Комиссии»⁵.

Надо признать, что в данной ситуации потенциально немыслимо перечислить абсолютно все вероятные случаи вызова обозначенных субъектов на заседания комиссии. Именно поэтому Президент РФ, издавший Указ от 29 июля 2011 г. № 1038, воспользовался таким приемом как исключением из правила⁶.

⁴ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 241.

⁵ СЗ РФ. 201. № 31. Ст. 4713.

⁶ Там же.

Соответственно, исключение позволяет избежать опасного неизбежной пробельностью казуистического способа изложения материала.

С другой стороны, нельзя отрицать казуистичность некоторых исключений, позволяющую учитывать фактические обстоятельства в процессе создания и применения юридической нормы. К примеру, согласно п. 13.1 ст. 4 ФЗ от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁷: «Земельные участки, образуемые из земельных участков сельскохозяйственного назначения или земель сельскохозяйственного назначения и предназначенные в соответствии с документацией по планировке территории для размещения олимпийских объектов, относятся к категории земель промышленности и иного специального назначения, за исключением случаев, когда указанные образуемые земельные участки предназначены для размещения дорог, линий электропередачи, линий связи (в том числе линейно-кабельных сооружений), нефтепроводов, газопроводов и иных трубопроводов».

Казуистичность приведенной нормы вполне понятна, равно как и очевидна практическая целесообразность ее принятия, а соответственно, и актуальность в настоящих условиях казуистичного приема изложения нормативного материала. В данной связи О.Э. Лейст верно отмечал: «При всех преимуществах абстрактных формулировок правовых норм, позволяющих охватить ряд существенных сторон отношений, явлений, действий... казуистические нормы были и остаются неизбежной и необходимой частью каждой правовой системы»⁸.

Таким образом, исключения, в особенности выражаемые в таких нормативно-правовых терминах, как «за исключением», «за исключением случаев (случая)», подразумевают собой казуистический прием юридической техники.

Исключения тем самым необходимы в правотворчестве потому, что с их помощью можно добиваться как максимально абст-

⁷ СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6071.

⁸ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2008. С. 90.

рактных обобщений, так и предельно конкретизировать фактические реалии, обладающие к тому же атипичными качествами.

Более того, уникальность исключений состоит в том, что они позволяют синтезировать абстрактное и конкретное в правовом регулировании общественных отношений.

Использование исключений делает возможным совмещение абстрактного и казуистического приемов формулирования правовой нормы в одном структурном элементе нормативного акта.

При этом подобное сочетание не носит механического характера, а позволяет гармонично использовать требуемую абстракцию с необходимой конкретностью.

Исключение, выступая как прием юридической техники, наглядно демонстрирует, как, каким образом конструируется нормативный материал в правовых актах – путем создания абстрактных формулировок, либо благодаря казуистическим указаниям на строго определенные факты, обстоятельства, ситуации, статусы, либо путем синтезирования абстрактного и конкретного.

Благодаря исключениям удается минимизировать и даже обратить на пользу отрицательные свойства правового абстрагирования и казуистичности. Именно поэтому компетентный субъект активно использует названный прием в правотворческом процессе.

На наш взгляд, исключение предстает по отношению к правилу в виде:

- а) изъятия из правила;
- б) дополнения к правилу.

При этом не стоит вдаваться в крайности, безусловно определяя любое изъятие из нормы как исключение. Последнее, как уже было сказано, предполагает не только изъятие, но и альтернативный правилу вариант поведения. «Норма-изъятие чаще всего действует вместо общего установления и закрепляет отдельные условия, которые неприменимы в сфере родовых общественных отношений».

То же самое относится к исключениям, выступающим в виде дополнений.

Вместе с тем надо признать, что воздействие исключения-дополнения на общее правило имеет более сложный характер, в первую очередь, потому, что достаточно трудно представить такое дополнение в правило, которое, не подменяя его общего смысла, предусматривает иную линию регуляции.

Исключения и правила не могут быть независимы друг от друга; исключения появляются на основе правил и существуют за счет правил – пока есть правило, есть и исключение. Нельзя говорить о параллельном бытии исключений и правил, ибо нельзя отделять часть от целого.

Феномен исключения как раз и заключается в том, что оно, будучи порождением правила и действуя в рамках правила, тем не менее предполагает отличный от правила вариант регулирования.

Такие качества характерны как для исключений-изъятий, так и для исключений-дополнений.

Именно сосредоточение исключений в нормах права легитимирует исключения, позволяет считать их приемом юридической техники и юридическим средством, предлагающим отличный, иногда прямо противоположный правилу, вариант регуляции.

По нашему мнению, непременным условием нормативного оформления исключения служит обязательное указание на то, что допускаемая корреляция правила выступает именно исключением из него.

С.С. Алексеев по данному поводу вводит в оборот выражение «исчерпывающий перечень». В частности, ученый пишет: «Существенным элементом режима исключений... является категория «исчерпывающий перечень» («перечисленное с полной точностью», по ленинским словам)... При этом социальный и юридический эффект исчерпывающего перечня проявляется в полной мере тогда, когда он действительно выражен в полном списке обстоятельств, категорий лиц и т.д., списке замкнутом, «с точкой». Иначе на практике могут возникнуть трудности, а значение перечня сведено на нет»⁹.

На наш взгляд, примером такого перечня может служить ч. 3 ст. 12 ФЗ от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы»¹⁰, в которой в пунктах с первого по шестой детально перечислены исключительные личные обстоятельства, обуславливающие исключения из общих правил.

В то же время исследователь отчетливо понимает всю сложность создания полного списка исключений, где будет детально

⁹ Алексеев С.С. Указ. соч. 203–204.

¹⁰ С3 РФ. 2011. № 15. Ст. 2037.

расписано, что следует считать исключением. Сама природа исключений как нестандартных нормативных предписаний; детерминация их разноплановостью и многообразием регулируемых общественных отношений объективно противостоит абсолютизации их перечисления. «Но здесь достоин внимания вот какой момент, – отмечает в связи с этим С.С. Алексеев, – при известных обстоятельствах социальный и юридический эффект, характерный для исчерпывающего перечня, может быть достигнут и в случаях, когда он выражен не в полном, замкнутом списке, а в списке открытом, допускающем расширение перечисляемых обстоятельств, вопросов»¹¹.

Таким образом, можно резюмировать следующее: 1) исключения в праве – это прием правотворческой техники, направленный на закрепление в юридических нормах изъятий или (и) дополнений к унифицированным правовым требованиям, реализуемый уполномоченными субъектами для достижения надлежащего правового регулирования; 2) исключения из правил представляют собой традицию российского права, которая опирается на объективную реальность, связанную с радикальными изменениями в отечественном праве. Тем не менее, необходимо четко понимать, что исключение никогда не должно подменять собой правило, ибо доминирование исключений неизбежно приведет к разрушению правовой конструкции общества и деградации правовой системы.

*М.В. Антонов**

ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО В РОССИИ – МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ

Можно сказать, что применительно к традициям в праве и в науке о праве наиболее актуальным вопросом в сегодняшней России является проблематика прецедентного права, которая возникла в связи с суждениями ведущих представителей судебной системы

¹¹ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 205.

* **Антонов М.В.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

о необходимости преобразования российского судопроизводства по прецедентной модели англо-американской правовой семьи¹. Этот вопрос можно исследовать в двух аспектах. С одной стороны, исследование возможно через анализ сущности вводимых в российское право институтов (пересмотр дел по вновь открывшимся обстоятельствам в связи с формированием новых правовых позиций ВАС РФ, обязывающая сила постановлений ВАС РФ для нынешних судов и проч.) с их возможным сравнением с аналогичными институтами стран прецедентного (общего, англо-американского) права. Такое исследование поможет увидеть различия между разными правовыми семьями, культурами, оценить важность таких различий и возможных сходств, но не будет способно указать на то, насколько институты иных правовых культур уместны в российском праве, насколько корректно называть на иностранный манер («прецедент») то, что еще в советское время получило название «руководящих разъяснений». Именно в этом аспекте и оказывается значимой проблематика традиций в праве – насколько традиции российского права совместимы с терминологией прецедентного права.

Интересный анализ техники и природы прецедента дает в своей работе российский цивилист Л.В. Головко². Мы отчасти согласны с выводами уважаемого коллеги в том, что касается оценки российской прецедентной революции как «меркантильного желания [высших судебных инстанций] получить право издавать циркуляры». Хотя, по нашему мнению, которое будет кратко обосновано в конце работы, речь идет не только и не столько о «меркантильных» интересах. Важность этого вопроса и заключается в том, допустимо ли в этом отношении менять саму доктрину (со ссылкой на традиции модернизации и европеизации, которые, по

¹ Логика этих суждений отражена в рамках наиболее громкого манифеста в защиту прецедентного права в России – речи А.А. Иванова на Третьих Сенатских чтениях, которая впоследствии была облечена в форму статьи (Иванов А.А. Речь о прецеденте // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2). В этой речи сформулирована та ось, вокруг которой строятся суждения защитников и противников прецедентного права в России, хотя проблематика, очевидно, выходит за пределы, обозначенные в выступлении Председателя Высшего арбитражного суда России (далее – ВАС РФ).

² Головко Л.В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Ежегодник гражданского права. 2010. № 6. С. 6–34.

меньшей мере, в послепетровской России играли ключевую роль в развитии российского права), либо же следует сохранить неприкосновенность доктрины и ее терминологии (со ссылками на неизблемость правовой традиции).

Здесь мы выходим на тот момент в дискуссии о природе правовой традиции, который нам представляется чрезвычайно важным. Применительно к выражению «правовая традиция» можно выделить два различных аспекта. С одной стороны, «традиция» как описание фактического положения вещей, которое периодически повторяется в социальной среде и воспринимается как легитимное в этой среде – фактический аспект регулярной повторяемости поведенческих стереотипов. С другой, традиция может восприниматься не дескриптивно, а прескриптивно, т.е. как регулярная повторяемость некоей модели поведения, легитимированной в социальной среде, за счет чего данная модель воспринимается как обязывающая адресатов к совершению (воздержанию от) неких действий.

Полагаем, что в этом втором аспекте использование понятия «правовая традиция» нецелесообразно, поскольку проблематика «нормативной силы фактического поведения» (Р. Иеринг) исследуется правоведами начиная с глубокого средневековья, в перспективе обычного права, которое и обозначает соответствующую группу поведенческих моделей, повторяемость которых приводит к их восприятию в качестве общезначимых и тем самым наделяет их обязывающей силой.

Поэтому мы можем отклонить аргумент о том, что прецедентного права в России *быть не должно*, поскольку у нас другие правовые традиции. Само по себе наличие или отсутствие традиции не может предписывать действий законодателям, судебскому корпусу или обычным гражданам³. К какой нормативной реалии в

³ Такова примерно логика рассуждений А.Я. Курбатова, который находит во введении прецедентного права признаки «деградации российской правовой системы и юридической мысли, поскольку такие заявления основаны на искажении целого ряда понятий, пренебрежении к законам как основным источникам права» (Курбатов А.Я. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4. С. 103). Ссылаясь на глубокомысленную сентенцию авторов учебника по теории права под редакцией М.Н. Марченко о том, что задача судей состоит исключительно в толковании права, а толкование осуществляется только в целях правильного и единообразного применения законов, но не в целях их поправок и дополнений, А.Я. Курбатов

противном случае могла бы отсылать «правовая традиция» как прескриптивная категория? Скорее всего, это было бы какой-то разновидностью *Volksgeist*, в надежде на органическое развитие которого Савиньи и другие истористы отвергали законодательные реформы. Этот строй мысли уже утратил свой кредит (по меньшей мере, в мировой науке о праве), поэтому отсылки на него лишены убеждающей силы. Другое дело, насколько те институты, понятия, представления, которые кажутся кому-то противоречащими традиции, могут быть успешно интегрированы в социальные практики, в правовую действительность. Этот аргумент сам по себе не может служить основанием от отказа от наделения обязывающей силой определенных судебных актов. По сути, такой аргумент был бы призывом к масштабному социолого-правовому исследованию, которое ни в коем случае не будет лишним при введении в правовой порядок новых понятий и институтов.

Наверное, следует согласиться с тем, что вводимые в статье 311 АПК РФ и в других нормах действующего арбитражно-процессуального законодательства⁴ институты имеют мало общего с тем, что называется «precedentным правом» в странах англо-американского права. Описываемые в российском законодательстве и правовой доктрине «правовые позиции» высших судебных инстанций по своей функции и сущности являются актами правоиздательства, поскольку создают общие, абстрактные правила поведения, рассчитанные на неоднократность применения неограниченным кругом субъектов⁵, тогда как свойственное для классического precedentного права *ratio decidendi* строго казуально, оно формулируется не при вынесении precedentного решения, а ре-

безапелляционно утверждает, что «суды, осуществляя толкование права, не вправе изменять заданные законодателем элементы правового регулирования» (Там же. С. 107). Отметим, что современная зарубежная правовая теория знает множество концепций толкования, в том числе и теории Г. Кельзена, М. Тропера и других мыслителей, которые рассматривают толкование не как силлогизм, а скорее как участие судей в конструировании права.

⁴ Здесь мы намеренно не затрагиваем проблематику других примеров precedentности в российском праве (правовые позиции КС РФ, постановления пленумов ВС РФ, административный precedent и проч.), пытаясь сосредоточиться только на арбитражно-процессуальном аспекте.

⁵ Власенко Н.А., Гринева А.В. Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009.

конструируется в рамках последующих судебных процессов применительно к фактическим обстоятельствам каждого нового дела⁶.

Вошедшее в моду увлечение «прецедентами», на наш взгляд, обнаруживает нежелание заниматься серьезным теоретическим анализом сложнейшей проблемы, которую представляет нормативный характер судебных актов. Более легким путем кажется использование броского термина «прецедент» с призывом полностью реформировать то, что кажется отсталым и неудачным в отечественной судебной системе. Однако между концепцией прецедента, лежащей в основе общего права, и концепцией нормативно-правового акта как основного источника права в романо-германской правовой традиции лежит огромное расстояние. Норма в том понимании, которое принято в России и в других странах континентального права, предполагает аксиоматическую определенность содержания и условий применения правового предписания, вытекающих из него юридических последствий. Прецедентное мышление в странах англо-американского права строится на ином понимании правового предписания, которое рассматривается скорее как источник аргументации, как общая смысловая основа для нахождения конкретных правил разрешения споров⁷. Если принять предлагаемую А.В. Кашаниным и С.В. Третьяковым терминологию, то можно говорить о различии риторического, проблемно-ориентированного стиля юридической аргументации в открытых правопорядках англо-американского типа, которому противостоит ориентированный на аксиомы стиль закрытых правопорядков романо-германского типа. В этом смысле «логика закрытой и аксиоматичной правовой системы в традиционном юридическом позитивизме отводит суду скромную роль учреждения, пассивно применяющего установленные законодателем правила, т.е. дедуцирующего конкретные предписания на основании общих норм»⁸, тогда как доктрина общего права наделяет судью правотворческой функцией (не только в рамках конститутивной, но и декларативной теории прецедента⁹). На этой же осо-

⁶ Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 206.

⁷ Ср.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 35 и далее.

⁸ Кашанин А.В., Третьяков С.В. Общетеоретические основания исследования проблем правоприменения // Правоприменение: теория и практика / Отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М., 2008. С. 42.

⁹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 29 и далее.

бенности прецедентного (общего) права, которая качественно отличает его от права континентального (романо-германского) настаивает А.М. Михайлов в своем исследовании юридической, доктрины¹⁰.

Здесь нет нужды останавливаться на общих местах дискуссии о месте прецедентного права в России – насколько оно совместимо с принципом разделения властей, грозит ли оно обрушением иерархии источников права, заменима ли доктрина прецедента теорией толкования права, разработанной в советской и постсоветской правовой доктрине, приведет ли оно к судейскому произволу¹¹. В данном отношении дебаты опять-таки ведутся преимущественно в сфере правовой идеологии («Какое право нам нужно?», «Нужно ли нам чужое право?», «Плохо ли наше собственное право?»), что и нашло отражение в полемике А.А. Иванова и Ю.К. Толстого на Третьих Сенатских чтениях.

Основанная на возражениях Ю.К. Толстого критика прецедентного права представляется неубедительной: система разделения властей без проблем уживается с прецедентным правом на родине теории «сдержек и противовесов»; концепция источников права должна описывать существующую систему нормативно-правового регулирования, а не предписывать идеализированную структуру¹²; основанная на этатистских стереотипах советская и постсоветская теория толкования права не дает объяснения феноменам судебного и административного нормотворчества, да и по большей части не ставит перед собой такой задачи; судейский произвол весьма вероятен в и странах, где закон считается основным источником права.

Со своей стороны, А.А. Иванов так определяет прецедентную проблематику: «Все зависит от отправной точки, начиная с которой исследователи определяют роль судебных актов во влиянии их

¹⁰ Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической доктрины. М., 2012. С. 386–438.

¹¹ Эти и некоторые другие моменты были озвучены в критическом ответе Ю.К. Толстого на цитируемое выступление А.А. Иванова в рамках Третьих Сенатских чтений.

¹² Ср. анализ природы постановлений высших судебных инстанций России как «скрытых источников права»: Бурков А.Л. Статус Постановлений Пленума ВС РФ в законодательстве и судебной практике // Правоведение. 2011. № 5. С. 172–186, особенно С. 186.

на общественные отношения. Само слово “прецедент” или “непрecedент” не имеет принципиального значения¹³. Аналогичная линия рассуждений содержится и во многих других работах сторонников «российских прецедентов». Трудно согласиться с логикой этих рассуждений. Если ключевые термины научного исследования столь аморфны, что выбор между ними не имеет «принципиального значения», можно усомниться в корректности такой терминологии. А правильная терминология – одна из важнейших основ методологии научного поиска, без которой такой поиск остается на уровне интуитивных догадок. Если нет разницы в том, как назвать правовые позиции и разъяснения высших судебных инстанций, то нет особого смысла тратить чернила на дебаты о «прецедентном праве» в России и вообще использовать в полемике о нормативной силе судебных актов термин «прецедент».

Поэтому разговоры о прецедентах в России носят по большей части аллегорический характер. Можно небезосновательно утверждать, что эти аллегории используются для обоснования расширения правомочий высших судебных инстанций создавать нормы права. Вместе с тем такое расширение может быть полезно в условиях низкого качества законодательной деятельности в России, равно как и высокой степени зависимости судебной власти от власти исполнительной и президентской. Рискнем выдвинуть утверждение, что тотальная зависимость судей общей юрисдикции от председателей их локальных судов, а председателей – от местной исполнительной власти и президентской администрации – суть зло, гораздо меньшее, чем подчинение арбитражных судей и их решений контролю с точки зрения «правовых позиций» ВАС РФ. Равно как и качество «правовых позиций», создаваемых профессиональными судьями, гораздо лучше качества законов, принимаемых российскими парламентариями, по большей части не имеющими базового юридического образования.

В некоторой степени политическая манипулируемость российского парламента, скучность и примитивизм законодательной техники и соответствующее качество большинства принимаемых законов в нашей стране уравновешиваются созданием в России своего рода сдержки против бесконтрольной законодательной ин-

¹³ Иванов А.А. Указ. соч. С. 3.

фляции в институте «правовых позиций». А.М. Михайлов выделяет семь положительных сторон прецедентного права: 1) противовес политизации правотворчества, 2) большая независимость судей в конкретизации права, 3) формирование корпоративных традиций судебского корпуса, 4) гарантия институциональной независимости судебной власти от политической (законодательной, президентской), 5) большая стабильность содержания правовых норм, 6) формирование профессиональной терминологии в (судейском) правотворчестве, 7) массив норм судебского права не позволяет целенаправленного политического изменения политики правотворчества и правоприменения¹⁴.

Хотя бы в строго концептуальном плане «прецедентного права» в России и нет, тем не менее введение институтов, которые выполняют, хотя бы частично, те или иные из вышеозначенных функций, может рассматриваться скорее как признак развития российского права в целом, правотворчества и судопроизводства в нашей стране, в частности. Другое вопрос, что для этого нужно находить более выверенные концепции и термины, чем официально продвигаемая ВАС РФ доктрина «прецедентного права».

*В.К. Нехайчик**

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ: ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ И РАЗВИТИЕ

Административное право как отрасль российского права переживает в настоящее время очередной сложный этап в своем развитии, связанный, с одной стороны, с переоценкой ценностей и сохранением своих традиций, с другой стороны – с объективной необходимостью изменений существующей отрасли, ее системы и структуры, сопряженных с преемственностью и развитием национальных административно-правовых традиций.

¹⁴ Михайлов А. М. Указ. соч. С. 405–406.

* **Нехайчик В.К.** – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой государственного и муниципального права Сургутского государственного университета.

Понимание административно-правовых традиций, значительно различаемых по своей сути, следует связывать, прежде всего, с развитием административного права трех западноевропейских государств: Франции, Германии и Великобритании. Впоследствии ранее различающиеся административно-правовые традиции Франции и Германии по мере их развития постепенно сближались, образовав к концу XIX в. так называемую континентальную семью административного права. Цель и суть континентальной семьи административного права теперь уже сводилась не только к защите индивида от неправомерных действий администрации, но и к строгой законодательной регламентации ее структур и процессов, а также к формированию общих принципов организации публичной администрации.

Профессор Оксфордского университета Д. Галлиган в связи с этим отмечает, что объективное исследование установившихся в зарубежном праве административно-правовых традиций полезнее рассматривать через призму основных систем административного права, среди которых им выделяются: Франция, Германия, Англия, США и Европейский Союз¹.

По нашему мнению, на развитие отечественного административного права огромное значение и влияние оказали три мировые административно-правовые традиции, к которым следует относить: 1) становление и развитие категории «общественный порядок», положившей начало формирования полицейской службы и регламентации ее деятельности, направленной на охрану этого порядка; 2) регламентирование и контроль деятельности публичных администраций; 3) правовое регулирование государственного управления как основного объекта административно-правовых отношений.

Все они, в разные периоды времени связанные непосредственно с основными правовыми системами мира и имеющие отношение к национальным правовым системам, являлись основой формирования отрасли российского административного права.

Административно-правовая традиция сферы охраны общественного порядка исследуется главным образом ведомственной наукой отечественного административного права, изучающей про-

¹ Галлиган Д. Различные традиции административного права // Д. Галлиган, В.В. Полянский, Ю.Н. Старилов. Административное право: история развития и основные современные концепции. М.: Юристъ, 2002. С. 217.

блемы развития категории «общественный порядок» и ее модификации «общественная безопасность» через подотрасль полицейского права. Сегодня ведомственная наука административного права непосредственно связана с исследованием правоохранительной деятельности таких органов государственной исполнительной власти, как: органы внутренних дел (полиция), служба судебных приставов, органы наркоконтроля, таможенные органы и др.². Все они, так или иначе, ответственны за обеспечение государственной функции охраны общественного порядка и общественной безопасности внутри государства.

Говоря об административно-правовой традиции регламентирования и контроля деятельности публичных администраций, следует отметить, что разработанный странами континентальной системы административного права, активно используемый романо-германской правовой семьей научный термин «публичная администрация», в российской правовой науке пока не получил своего распространения. Вместо него по-прежнему используется категория «государственное управление».

Административно-правовая традиция правового регулирования государственного управления была сформирована социалистической правовой системой. Доставшаяся в наследство от советского периода доктрина о государственном управлении как основном предмете (объекте) административного права (административно-правового регулирования) до сих пор находит свое претворение как в современном российском правоведении, так и в юридической науке бывших советских республик.

Поиск предмета современного административного права, в качестве которого на многие годы было определено государственное управление и связанные с ним общественные отношения, приводят нас к мысли о том, что понятие «администрация» может иметь иные значения, кроме как «управление» и производные от него. Так, с понятием «администрация» непосредственным образом связано «администрирование», понимаемое как деятельность администраций, ее органов и должностных лиц, которые ее представляют. В связи с этим Д.Н. Бахрах в учебнике по администра-

² Например, см. Бельский, К.С. Субъекты полицейской деятельности // Полицейское право: Лекционный курс / Под ред. канд. юрид. наук А.В. Куракина. М.: Издательство «Дело и Сервис», 2004. С. 379–582.

тивному праву, претерпевшем уже 6-е издание, уходит от традиционного подхода к государственному управлению, и рассматривает государственные администрации, их органы, а также формы и методы их деятельности³.

Что же касается понятия «администрация» и его перевода как управление, а также сочетании с ним слова государственный, то данный артефакт представляет собой непосредственную разработку советской административной доктрины, которая единодушно была воспринята коллективом авторов в шести томном издании «Советское административное право» 1977–1981 гг.

Следует отметить, что сегодня сомнению в словарной парадигме, от которой произошло понятие «администрация», подвергается не только признак государственности, но и признак власти. Так, Н.М. Казанцев пишет, что понятие «администрация» весьма насыщено смыслами и далеко не все из них имеютственный характер. В качестве примера приводятся переводы этого понятия, которые означают «служение», «оказание помощи», «заведование», «обслуживание», «исполнение» и др.⁴

По мнению украинского ученого В.Б. Аверьянова, «категория «управление», имея строго научное толкование, не может применяться для обозначения всего спектра разнородных действий, осуществляемых органами публичной администрации», а «ошибочная традиция сводить сферу действия административного права к управлению (либо преимущественно к нему) настолько прочна, что и поныне воспринимается почти как аксиома». В этой связи «абсолютизация (т.е. чрезмерное преувеличение) управленической характеристики административного права сводится к тому, что любые связи и отношения, регулируемые административным правом, зачастую совершенно безосновательно называются «управлением» (либо «сферой управления»), «отказ от абсолютизации управления приобретает первоочередное значение для формирования новой административно-правовой доктрины»⁵.

³ См.: Бахрах Д.Н. Административное право России: Учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2012. С. 169–430.

⁴ См.: Казанцев Н.М. Административная власть // Административное право / Под общ. ред. Атаманчука Г.В. М.: Изд-во РАГС, 2003. С. 84.

⁵ Аверьянов В.Б. Обновление украинской административно-правовой доктрины на основе принципа верховенства права // Правоведение. 2007. № 1. С. 36–38.

В связи с постановкой проблемы традиций административного права как никогда актуальным, на наш взгляд, является призыв К.С. Бельского возвратиться к первообразу административного права, подняв лозунг: «Назад к первоначалам административного права, к тому, что составляло его предмет в XVIII в.!»⁶.

Однако за этим лозунгом следует видеть, как нам представляется, не столько «возврат» к предмету административного права в XVIII в., сколько возникшую необходимость пересмотра доставшегося от советской эпохи традиционного подхода в рассмотрении его предмета (объекта), под которым всегда в тот период рассматривалось только государственное управление.

Важно отметить, что, несмотря на то, что понятие «публичная администрация» выработано романо-германской правовой системой, тем не менее, и в западноевропейской административно-правовой науке оно понимается весьма неоднозначно. Являясь по своей сути общесоциологическим, оно многозначно и по объему достаточно широко. Это позволяет, например, по-новому подойти к проблеме административно-правовых отношений, которые могут возникать не только в рамках государственно-правовых границ. Так, учитывая, что сегодня административное право в числе отдельных видов выделяет международные, государственные, муниципальные и общественные публичные администрации, вполне возможно, на наш взгляд, говорить о тенденции к изменениям и расширению границ административно-правовых отношений, не связанных с национальными и территориальными ограничениями.

В этой связи следует отметить, что в современной действительности административно-правовые отношения давно выходят за рамки государственных границ. Сегодня уже известны разработки о формировании «международного административного права», «глобального административного права», «транснационального административного права», о которых пишет в своих работах А.Б. Зеленцов⁷.

⁶ Бельский К.С. Феноменология административного права. Смоленск, 1995. С. 8.

⁷ См.: Зеленцов А.Б. Новое административное право: юридическая природа и проблемы концептуального обоснования // Актуальные проблемы публичного права в России и за рубежом: Материалы Всероссийской научно-практической

О преемственности традиций в административном праве. Применительно к обществу различают две стороны преемственности: передачу социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации; усвоение этих ценностей каждым новым поколением, каждой новой социальной системой. Понятие преемственности непосредственно связывают с традицией. Преемственность обозначает всю совокупность действия традиций, воспроизводящих нормы социального поведения, характерные для исторически прошедшей общественной реальности⁸.

Ю.А. Тихомиров связывает правопреемственность с сохранением прежнего правового состояния в изменившихся условиях. Административно-правовая преемственность, по мнению ученого, означает сохранение действующих ранее административно-правовых регуляторов и норм и признание их роли в новой общественной ситуации⁹.

Размышляя о преемственности традиций в административном праве России, нельзя забывать и о тех, которые сложились в советское время. Так, французский ученый Раймон Леже отмечал, что Новой России, вставшей на путь правового государства, не следует слишком быстро забывать понятия, используемые в период с 1917 по 1991 г. В связи с этим Р. Леже приводит высказывание английского юриста XIX в. Мейтланда, который полагал, что даже если современному периоду предшествовали коренные реформы, необходимо всегда описывать наследие прошлого и там находить источник, который имеет внеправовое значение¹⁰.

Относясь критически к преемственности административно-правовых изысканий советского и постсоциалистического периодов, А.Б. Агапов отмечает, что она выражается в чрезмерной схоластичности научных построений, где pragматической гносеологии уделено явно недостаточно внимания¹¹.

конференции, посвященной 60-летию д.ю.н., проф., А.Б. Зеленцова / Отв. ред. А.М. Волков. М.: РУДН, 2011. С. 12–26.

⁸ Slovari.yandex.ru/~книги/БСЭ/Преемственность/

⁹ Тихомиров Ю.А. Административно-правовая преемственность Административное право и процесс: полный курс. Второе издание, дополненное и переработанное. М.: Изд. Тихомирова М.Ю. 2005. С. 88.

¹⁰ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. 2-е изд., перераб. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 3.

¹¹ См.: Агапов А.Б. Административное право. М., 2004. С. 129.

Говоря о преемственности традиций в отечественном административном праве, можно назвать возрождение чиновничьей службы, которая создавалась еще во времена Петра I. И несмотря на то, что в нашей стране предпринимались попытки использования французского опыта формирования государственной службы, все же вернулись к отечественному дореволюционному опыту построения государственной службы.

Административной правопреемственностью традиций можно назвать и правовой институт обращений граждан, который на протяжении длительного использования по времени в виде акта бывшего СССР и актов субъектов РФ, был вновь принят в виде нового федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹².

О развитии административно-правовой традиции можно говорить как о выделении материальной части административного права, которую в западноевропейском административном праве называют «административное процессуальное право» или «административная юстиция». Такой важной частью отечественного административного права уже скоро может стать его новый пока еще только формируемый институт административно-процессуального права, а может быть, и его подотрасль.

Как считают многие из специалистов в этой отрасли, целями развития административного права продиктована необходимость проведения его реформы. Стремление к развитию административно-правовых традиций способствовало также созданию устоявшейся структуры и системы отрасли современного административного права России.

Сегодня представляется актуальным, когда развитие связывают с инновациями. «Инновации» (с англ. innovation) в буквальном смысле понимается как нововведения. К нововведениям в административном праве России следует отнести, например, формирование таких институтов, как административные режимы, административный договор и др.

И все же главной инновацией в отечественном административном праве, на наш взгляд, следует считать стремление к развитию в сторону демократических преобразований, соответствую-

¹² С3 РФ. № 19. Ст. 2060.

щих основным административно-правовым семьям. Результатом такого развития должно стать: административно-правовое регулирование полномочий субъектов административной деятельности; регламентация административной (правоисполнение) и правозащитной деятельности. Последнее из административно-правовых преобразований должно заменить правоохранительный подход (административную юрисдикцию) в рассмотрении административных споров на правозащитный (административную юстицию).

*С.В. Бочкарев**

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ КАК ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ

Понятие «конституционализм» является одним из основных в правовой науке. В современных исследованиях представлен обширный спектр точек зрения на понимание конституционализма. Несомненно, что их анализ важен «... для выработки интегрированного подхода, который бы синтезировал различные аспекты и проявления конституционализма с позиций современного уровня конституционной мысли и политico-правового знания»¹.

В настоящее время существует множество определений конституционализма. Одно из наиболее емких приводит О.Е. Кутафин, который выделяет в конституционализме два компонента. С одной стороны, это теоретическая доктрина, которая связана с представлением о справедливом, демократическом государстве, соответствующем природе человека, а с другой стороны, – это государственный строй, созданный в соответствии с этой доктриной².

Оба компонента конституционализма тесно связаны друг с другом и сложились в ходе исторического развития той или иной страны. Иными словами, они традиционны, если исходить как из

* **Бочкарев С.В.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Российской государственной педагогической университета им. А.И. Герцена.

¹ Кравец И.А. Российский конституционализм и юридическая наука // Проблемы права. 2004. № 1. С. 49.

² См.: Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: Норма, 2008. С. 44.

социокультурного, так правового определения традиции³. Поэтому конституционализм представляет собой правовую традицию⁴.

Точка отсчета, когда и где появились первые идеи конституционализма, является вопросом спорным и предметом научных дискуссий. Это связано с содержательным наполнением понятия «конституционализм». Конечно, первые идеи конституционализма появились гораздо раньше писанных конституций, но его трактовка была совсем иной, да и сам термин появился только в Новое время⁵.

В исторической ретроспективе конституционализм как фундаментальное правовое понятие в современном понимании начинает формироваться в XVII–XVIII вв.

Идея конституционализма получает теоретическое обоснование в западноевропейской (в основном английской и французской) политической и философской мысли. Родиной конституционализма считается Англия. Несомненно, что «главный смысл зародившихся в эпоху абсолютизма идей конституционализма состоял в установлении новых правовых принципов организации государственной власти, в ограничении прерогатив короля и вызванного этим произвола при их осуществлении»⁶. В основе теоретического обоснования конституционализма лежала идея естественного права. Народный суверенитет и равенство всех граждан перед законом являлись базисными составляющими понятиями конституционализма, из которых проистекали другие положения и принципы.

Фактическое воплощение идеи конституционализма начинается со второй половины XVIII в. Связано это было с принятием конституций в США и во Франции и впоследствии рецептировани-

³ Кравченко А.И. Культурология: словарь. М.: Академический проект, 2000. С. 577. В юриспруденции традиции играют роль регулятивного средства, поскольку «сохраняют правовую систему, обеспечивают ее качественное своеобразие, самовоспроизводимость, сомотождественность в истории». Сулипов Р.С. Понятие и признаки правовых традиций: теоретический аспект // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Выпуск 4 (10). С. 49.

⁴ Арановский К.В. Конституция как государственно-правовая традиция и условия ее изучения в российской правовой среде // Правоведение. 2002. № 1 (240). С. 41–50.

⁵ См.: Berns W. Democracy and the constitution: essays. Washington: The AEI Press, 2006. P. 4.

⁶ Крылова Н.С. Эволюция принципов конституционализма и правовое регулирование налоговых отношений // Конституция: сравнительно-правовое исследование: труды № 6/2008. М., 2008. С. 158.

ем конституционных идей в той или иной степени многими государствами⁷. Причем североамериканская и французская модели конституционализма имеют одну и ту же теоретическую базу, их авторы исходили из одинаковых принципов, которые формировались под влиянием естественного права, общественного договора и либерализма. На это обстоятельство, в частности, обращает внимание В.Е. Чиркин, отмечая, что первые конституции «опирались на положения, высказанные просветителями, энциклопедистами Нового времени. В основе их идей были требования ликвидации феодального абсолютизма, установления юридического (формального) равенства, признания естественных прав человека, личных и некоторых политических прав»⁸.

Таким образом, основные постулаты американского и французского конституционализма изначально во многом совпадают.

В дальнейшем различны как направления развития конституционализма в США и во Франции, так и его фактическое воплощение. Континентальная или евроконтинентальная модель конституционализма (более мягкая по сравнению с американской) основывалась на идее государственного порядка, национального единства, особой роли государства, которое обеспечивает свободу личности и главенства конституции. Краеугольными камнями американского конституционализма, как отмечает В.И. Лафитский, являются принцип верховенства конституции, федерализм, народовластие, принцип разделения властей и принцип судебного надзора⁹.

Для американского конституционализма характерен линейный процесс конституционного развития, когда идет поступательное движение, «с сохранением преемственности и легитимности конституционного процесса»¹⁰. Тем не менее, США не избежали кон-

⁷ Термин «конституционализм» впервые появился в американской политico-правовой мысли в конце XVIII – начале XIX вв. для обозначения, в основном, американской доктрины верховенства писаной конституции над законами. См. подр.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: МГУ Инфра-М, 1998. С. 370.

⁸ Чиркин В.Е. О тенденциях развития конституций в современном мире // Современное конституционное право. М., 2010. С. 9, 17.

⁹ См.: Лафитский В.И. Конституционный строй США. М.: Статут, 2011. С. 119–348.

¹⁰ Баев В.Г. Конституционализм как понятие и научная проблема // Ленинградский юридический журнал. 2008. № 3 (13). С. 52.

ституционных кризисов, которые приводили или к пересмотру Конституции, или к ее новой интерпретации¹¹.

Франция является классическим примером циклического конституционного развития. Отчасти цикличность французского конституционализма «вытекает из конфликта двух теоретических принципов, сформировавших в эпоху Просвещения – принципа народного суверенитета (Ж.-Ж. Руссо) и принципа представительства (Ш. Монтескье). Оба принципа лежат в основе современных конституций...»¹². В циклическом развитии французского конституционализма выделяют два направления развития – правительственный и революционный¹³. Первый вариант – это октроированные конституции (Конституционная Хартия 1814 г.). Второй тип, когда конституционные изменения происходят посредством революционных событий, был наиболее присущ Франции в конце XVIII–XIX вв.

Таким образом, конституционализм как правовая традиция сохраняет правовую систему и обеспечивает ее качественное своеобразие.

В XX – начале XXI вв. все большее влияние на конституционализм оказывали и оказывают интеграционные процессы, «значение приобретают вопросы универсализации конституционного права, разработки общих критериев в формировании и развитии конституционализма как режима политической власти и общественного устройства конкретных государств»¹⁴. Идет процесс унификации стандартов в области прав и свобод, основных институтов политической власти, что находит свое отражение в международном праве и конституционном праве отдельных государств. В условиях глобализирующегося мира конституционализм постепенно теряет свои национальные корни. Конституционное устройство того или иного государства все более определяется универ-

¹¹ Первый кризис при принятии Конституции 1787 г. Второй (середина XIX в.) – кризис американского федерализма. Третья волна (период «Нового курса») – конфликт президентской власти и Верховного суда.

¹² Баев В.Г. С. 53. Указ. соч.

¹³ Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М.: РОССПЭН, 1998. С. 308–309.

¹⁴ Конюхова (Умнова) И.А. Конституции нового поколения: состояние и перспективы // Современное конституционное право. М., 2010. С. 37.

сальными политико-правовыми ценностями, которые формируются посредством международного права. Появился термин «транснациональный конституционализм», который характеризует интеграционные процессы, происходящие, главным образом, в Европе¹⁵. Конституционализм становится универсальным правовым понятием как конституционного, так и международного права, которое включает в себя не только теорию и практику конкретного государства, но и мирового сообщества в целом.

*Дулам Сугар**

ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ СОБСТВЕННОСТИ: ТРАДИЦИИ И ИННОВАЦИИ

Собственность как социальное явление, во многом обусловившее ход истории, может рассматриваться под разными углами зрения, с позиций целого ряда областей знания: философии, экономики, социологии, юриспруденции. В последнее время в связи с активным развитием научных теорий о ценностях, в том числе аксиологии права, актуализировались ценностные юридические аспекты собственности. Практическое значение рассмотрения собственности как ценности с юридических позиций заключается во влиянии аксиологических исследований на конструирование правовых механизмов защиты собственности.

В основе утверждения о наличии такого влияния лежит посыл, согласно которому различные оценки собственности, характерные для той или иной стадии, исторического момента развития конкретного государства, гражданского общества и общественного сознания, наряду с факторами сугубо юридического характера оказывают направляющее и корректирующее воздействие на структуру правового регулирования отношений собствен-

¹⁵ См. подр.: Dehouze R. Naissance d'un constitutionnalisme transnational // Pouvoirs. 2001. № 96. Р. 19–30.

* **Дулам Сугар** – судья Конституционного Суда (Цэца) Республики Монголия, соискатель кафедры Сибирской академии права, экономики и управления (г. Иркутск).

ности и механизмы правовой защиты собственности. При этом различные формы собственности имеют несовпадающие аксиологические основания, занимают определенные места в ценностных иерархиях общества, поэтому разными могут быть интенсивность и механизмы их защиты.

Традиционно аксиология права имеет два вектора научного внимания: право как ценность и правовые ценности. Представляется обоснованным все правовые ценности разделить на социально-правовые и «собственно правовые», отнеся ко вторым четыре феномена: а) законность; б) правопорядок; в) Конституцию государства как высшее достижение демократии, нормативное воплощение теории прав и свобод, основу законности и правопорядка; г) правосудие. Собственность же является социально-правовой ценностью.

Механизмы защиты различных форм собственности выстраиваются в зависимости от конкретной исторической: социально-политической, экономической, идеологической обстановки. Так, в Советском Союзе в соответствии с господствовавшей политико-правовой доктриной и коммунистической идеологией ценность частной собственности отрицалась, а ценность муниципальной – не обсуждалась из-за отсутствия местного самоуправления как самостоятельного и полноценного социально-политического института. Соответственно, на первый план в качестве важнейшей социально-правовой ценности выдвигалась государственная собственность, она же и защищалась наиболее тщательным образом и с помощью зачастую радикальных средств. Государственная собственность в СССР не просто преобладала, но являлась, по сути, единственной формой собственности, реально влияющей на происходившие в стране социально-экономические процессы. Соответственно, на всех этапах своего существования советское государство, объявив государственную собственность «общенародной», принимало самые жесткие и активные меры к ее защите.

На «пике» развития социалистической экономики в 1977 г. была принята Конституция СССР, в ст. 10 которой было установлено, что основу экономической системы СССР составляет социалистическая собственность на средства производства в форме государственной (общенародной) и колхозно-кооперативной соб-

ственности. «Государство охраняет социалистическую собственность и создает условия для ее преумножения», – провозглашалось в Основном законе советского государства. Таким образом, охрана и защита социалистической собственности по сути представляли собой одно из основных направлений деятельности советского государства, находящееся «на стыке» двух общих функций государства. Причем этот подход был господствующим не только в научной, но и в учебной литературе.

Первую из таких функций большинство источников того периода трактует как «хозяйственно-организаторскую». Эта функция предполагала «плановое руководство экономикой со стороны государства – жизненную потребность социализма как общественного строя»¹, с итоговой задачей – «создание материально-технической базы коммунизма»². Вторая функция – это функция охраны социалистического правопорядка, поскольку охрана социалистической собственности являлась важной составной частью деятельности Советского государства по охране социалистического правопорядка³.

В некоторых работах 70-х гг. «функция охраны социалистической собственности» выделялась даже отдельно от функции охраны правопорядка, в качестве самостоятельной функции. В общем-то и сам правопорядок как важнейший юридический институт советские правоведы ставили в зависимость, прежде всего, от характера собственности, направлений, средств и способов ее охраны. Общественная собственность на средства производства представлялась также и в качестве одной из социально-экономических гарантий законности, поскольку она, по мнению идеологов социализма, исключала эксплуатацию человека человеком.

Несмотря на то, что метод убеждения декларировался как главное средство в охране социалистической собственности, на деле самое широкое распространение получили принудительные, карательные средства: уголовная репрессия, административное наказание, дисциплинарное взыскание. В отличие от этого граж-

¹ Теория государства и права / Под ред. Н.Г. Александрова. М.: Юрид. лит., 1974. С. 284.

² Теория государства и права / Под ред. А.К. Стальевича. М.: Юрид. лит., 1973. С. 135.

³ Там же. С. 139.

данско-правовые средства охраны собственности в Советском Союзе не были должным образом развиты, поскольку отсутствовало «рабочее вещество» цивилистики – частная собственность.

Показательна в этом отношении структура УК РСФСР 1960 г. Глава «Преступления против социалистической собственности» находилась в Особенной части на второй позиции после главы «Особо опасные государственные преступления», а уже затем шли главы, направленные на защиту личности и иных правовых ценностей. Преступления против личной собственности граждан были четко отграничены от преступлений против социалистической собственности и вынесены в главу пятую, санкции статей которой были значительно мягче, нежели санкции статей главы второй, предусматривавших наказание за аналогичные по сути преступления (кража, грабеж, разбой, мошенничество и т.д.), но в отношении объектов другой формы собственности.

Помимо «традиционных» имущественных и имущественно-насильственных преступлений советский Уголовный кодекс предусматривал ответственность за хищение государственного или общественного имущества, совершенное путем присвоения или растраты либо путем злоупотребления служебным положением (ст. 92 УК РСФСР). А в 1962 г. в Уголовный кодекс была включена ст. 931, которая предусматривала ответственность за хищение государственного или общественного имущества в особо крупных размерах, независимо от способа хищения. То есть в любых формах, предусмотренных ст. ст. 89–93, хотя на практике она чаще всего как раз и была направлена на «должностных» расхитителей государственной собственности. Здесь предусматривалось самое тяжкое наказание, вплоть до смертной казни с конфискацией имущества.

Отличительной чертой советского механизма защиты собственности было широкое включение в его структуру и активная работа общественных структур типа добровольной народной дружины, оперативно-комсомольских отрядов дружинников, товарищеских судов.

В результате процессов, произошедших в Советском Союзе в конце 1980-х – начале 1990-х гг. и приведших к его распаду и возникновению 15-ти новых суверенных государств, кардинально поменялись многие социальные, политические, экономические ценностные приоритеты. В том числе изменилось и отношение к

собственности, к отдельным ее формам. По состоянию на сегодня ценностные характеристики основных форм собственности можно сформулировать следующим образом.

Частная собственность является выражением и мерилом социально-экономической справедливости. Это одна из наиболее важных ценностей, органически «вплетенная» в систему социально-правовых ценностей. Трансформация отношений собственности, неминуемо происходящая с течением истории в связи с развитием социально-экономических, производственных отношений, вызывает переоценку ценностей в обществе, а это меняет господствующие воззрения на справедливость. В свою очередь, эти воззрения, а также исторически сложившаяся правовая традиция, влияют на законодательное регулирование общественных отношений, связанных с правом собственности. Инструментальная ценность частной собственности определяется тем, что она составляет экономическую основу гражданского общества.

Ценность государственной собственности как социально-правового явления заключается в том, что она, во-первых, составляет основу государственной и экономической безопасности, а значит, и личной безопасности граждан, во-вторых, способствует поддержанию через распределительные и антимонопольные механизмы должного уровня благосостояния народа. В свою очередь, и безопасность, и благосостояние – это социально-правовые ценности высшего порядка.

Ценность муниципальной собственности как социально-правового явления заключается в том, что она образует (наряду с местным бюджетом и имущественными правами муниципальных образований) экономическую основу местного самоуправления. Без нее местное самоуправление не сможет выполнить свое предназначение. Поскольку самоуправление как институт и как форма бытия гражданского общества, решая насущные проблемы жизнеобеспечения местных жителей и создавая для них возможности экономической и творческой самореализации, само по себе представляет социально-правовую ценность, то и муниципальная собственность выступает по отношению к нему инструментальной, «обеспечивающей» ценностью.

Подобные же ценностные характеристики можно дать и иным формам собственности, в частности, собственности церкви и обще-

ственной собственности (в которую включается имущество некоммерческих организаций, совместная коммунальная собственность).

В связи со сказанным представляется правильным и необходимым возразить немецкому исследователю Э. Маркварту, который в работе, посвященной проблемам муниципальной собственности, утверждает, что «муниципальная собственность защищается теми же средствами и способами, что и любая иная форма собственности; ущемление права на защиту муниципальной собственности также неконституционно, как и установление различной степени или механизмов защиты для различных форм собственности»⁴. Полностью соглашаясь с процитированным ученым в том, что недопустимо ущемление права на защиту какой-либо из форм собственности, что нельзя отдавать приоритет одной из этих форм и, соответственно, защищать ее в большей степени, мы не согласны с ним в той части, что механизмы защиты должны быть одинаковыми для всех форм собственности. Конструкция механизма защиты собственности в каждом конкретном случае зависит от особенностей содержания правомочий собственника в рамках той или иной формы, его правовых возможностей, от правового режима каждой формы и от ее ценностной составляющей (не в смысле – «этота форма собственности ценнее другой», а в смысле обоснования ценности, которое у разных форм разное, как установлено выше). И дело здесь вовсе не в дискриминации какой-то из форм. Наоборот, использование соответствующих ей механизмов защиты делает эту защиту более эффективной. Конечно, такой универсальный институт защиты, как суд, в равной мере актуален для любой формы собственности. Но, например, третейские суды – это в большей степени инструмент защиты частной собственности, так же как и различные способы самозащиты, а вот административно-правовые механизмы больше ориентированы на защиту государственной собственности. Поэтому конструкция механизма защиты собственности может быть разной, равно как чрезвычайно разнообразны и конструкции механизма правового регулирования отношений собственности.

⁴ Маркварт Э. Конституционные положения о собственности и их реализация в ходе муниципальной реформы // 15 лет Российской Конституции и развитие местного самоуправления: сборник статей / Под ред. А.Е. Балобанова, Э. Маркварта, Е.С. Шугриной. М., 2008. С. 147.

Приходится признать, что в условиях быстро меняющегося социума, динамичной смены ценностных приоритетов общество и государство не всегда успевают выработать эффективные институты – элементы механизма обеспечения реализации ценностей и их защиты. Поэтому так важно не только внедрять в правовое регулирование и государственное управление соответствующие времени инновации, но и бережно хранить традиции, умело использовать ранее накопленный положительный опыт. Сказанное в полной мере относится и к вопросам конструирования механизмов защиты разных форм собственности.

*И.В. Андросов**

УСТАНОВЛЕНИЕ ОБЪЕКТИВНОЙ ИСТИНЫ В ТРАДИЦИИ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В юридической литературе встречается множество определений понятия «правовые традиции». Юридический подход понимания традиции исходит из того, что традиция есть один из способов существования одной из древнейшей форм права – правового обычая¹. Данная точка зрения основывается на мнении, высказанном отечественным правоведом А.А. Алексеевым. Под традицией он понимает обычай, выраженный в систематическом или периодически повторяющемся правиле поведения². Данной позиции в отечественной юридической литературе отдается предпочтение. Подобной точки зрения придерживаются Н.И. Матузов, А.В. Малько, В.В. Лазарев. Так, В.В. Лазарев, отмечает, что традиции и обычай обладают общими чертами³. По мнению М.Н. Кулажникова, тради-

* **Андросов И.В.** – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российского государственного торгово-экономического университета.

¹ Скасырский И.В. Российская культурно-правовая традиция и ее институализация в современных условиях: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2002. С. 38.

² См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х т. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 80.

³ См.: Лазарев В.В. Теория государства и права. М. 1999. С. 284.

ции представляют собой самостоятельную разновидность социальных норм⁴. В.М. Сырых говорит, что традиция – это правило поведения, которое определяет порядок, процедуру проведения каких-либо мероприятий, связанных с определенным торжеством или знаменательными, значимыми событиями в жизни человека, предприятия, организации, государства и общества⁵. Согласно другим точкам зрения, под правовыми традициями понимают такие принципы права, которые обеспечивают трансляцию и преемственность прежнего правового опыта, а также ориентацию правовой деятельности на укрепление и восполнение правового наследия⁶.

Несмотря на такое обилие точек зрения, правовые традиции отражают условия знаний, представлений, полученных в рамках правоприменительной деятельности и передаваемых из поколения в поколение, имеют внешнее выражение в форме норм права. Правовые традиции проникают в правовую систему государства через правосознание, правовую культуру, юридическую практику, юридическую технику, правовые отношения в обществе.

В современных условиях, сложившихся в Российской Федерации, правовые традиции претерпели существенную трансформацию. За двадцатилетнюю историю существования нового российского государства ему не удалось решить в достаточной степени многочисленные проблемы, связанные с формированием правовых основ общественной и государственной жизни, построением гражданского общества, рыночной экономики, правового государства. В связи с этим в науке права приобретает свою актуальность проблема истинности форм и методов, которые использует государство. Это касается и вопросов, связанных с истинностью тех положений, которые находят свое отражение в правоприменительной деятельности.

Истина как гносеологическая проблема принадлежит к числу известных философских тем. К ней обращались как в древности, так и в новейшее время. Несмотря на это сегодня, категория истины остается объектом многочисленных изысканий и споров.

⁴ См.: Кулажников М.Н. Советское право, традиции и обычаи в их связи и развитии. Автореф. дисс. на соискание докт. юрид. наук. Киев. 1972. С. 19.

⁵ Сырых В.М. Теория государства и права. М., 1988. С. 86.

⁶ Оборотов Ю.Н. Традиции и новации в правовом развитии. Одесса: Юрид. лит., 2001. С. 62.

Изучение философских значений истины позволит полнее исследовать ее понятие и содержание в сложившихся правовых традициях нашего государства.

В науке известны три концепции, раскрывающие природу истины: истина как соответствие (корреспонденция), истина как согласие (когеренция) и истина как полезность⁷.

Согласно первой из них, истина – это адекватное отражение объекта познающим субъектом. Высказывание является истинным, если оно соответствует описываемой ситуации, т.е. представляет ее такой, какой она является на самом деле⁸. В данной концепции истина носит объективный характер и зависит от объективных факторов, которые существуют вне зависимости от сознания субъекта, его воли, знаний, убеждений и т.д. Практика является основным критерием истинности. Это означает, что истинность правовой традиции познается в процессе в применения права.

Соответствие или несоответствие действительности норм права в процессе правоприменения не является решающим условием для определения их в качестве истинных либо ложных. В связи с этим необходимо понимать, насколько те или иные нормы права в процессе правоприменения соответствуют функциям права, насколько они отвечают их сущности.

Право как система юридических норм выполняет три традиционные функции: охранительную, регулятивную и воспитательную. Охранительная функция права направлена на защиту общественных отношений от нарушений. Данная функция устанавливает меры ответственности за правонарушения и привлекает виновное лицо к юридической ответственности. Регулятивная функция права предназначена для положительного регулирования общественных отношений, т.е. для их упорядочения. Таким образом, у субъектов права возникают не только права, но и обязанности по совершению определенных действий. Регулятивная функция может устанавливать также запреты на совершение каких-либо поступков. Воспитательная же функция связана с формированием уважительного отношения к праву у субъектов права.

⁷ См.: Многомерность истины / Рос. акад. наук, Ин-т философии. М.: ИФРАН, 2008. С. 90

⁸ См.: Ивин А.А. Три концепции истины. М.: ИФРАН, 2008. С. 90.

Таким образом, можно предположить, что истинность правовых традиций в правоприменительном процессе может существовать лишь тогда, когда право на практике способно реализовать свои функции. Рассмотрим данный аспект более подробно. Гражданским кодексом Российской Федерации предусмотрены общие положения о договоре, которые регулируют общественные отношения, связанные с соглашением двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей⁹. Также общие положения о договоре охраняют регулируемые ими общественные отношения. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения. Кроме того, Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает судебный порядок защиты гражданских прав, вытекающих из договорных отношений (ст. 11 ГК РФ). Общие положения о договоре призваны сформировать уважительное отношение к договорным обязательствам у сторон и понимание необходимости соблюдения взаимных прав в целях избегания конфликтных ситуаций. Проблема такого подхода к пониманию истины заключается в том, что практически невозможно определить истину в отдельно взятой норме, поскольку одна норма не может раскрыть всю полноту общественных отношений, регулируемых правом. Ст. 424 Гражданского кодекса РФ говорит, что исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В данной норме содержатся положения об определении, применении и изменении цены в договоре. Цена не может раскрыть всю полноту института обязательств, а вот Гражданский кодекс как нормативно правовой акт, содержащий в себе нормы обязательственного права, справится с этим лучше.

Поскольку право представляет собой систему взаимосвязанных норм права, то отдельно взятая норма не может противоречить целому закону и тем более идти в разрез с его традиционными функциями. Таким образом, при исследовании объективной истины в сложившихся правовых традициях правоприменения целесообразнее говорить о применении права (объективного права), чем о применении норм права.

⁹ Ст. 420 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Согласно второй концепции истина представляет собой систематическое согласие выдвинутого положения с уже принятыми утверждениями¹⁰. Причем истинным положением будет считаться то, которое является необходимым элементом целостной концепции. «Целостность» обычно понимается так, что из нее нельзя удалить, без ее разрушения, ни одного элемента¹¹. Как отмечалось уже выше, конкретная норма права не может не согласовываться с нормативно-правовым актом и тем самым нарушать его целостность. «Согласованность» и «целостность» пронизывают систему законодательства как совокупность нормативно правовых актов. Эти два элемента когерентной концепции истины хорошо просматриваются в правовой традиции иерархии законов. Основным критерием такой традиции является юридическая сила нормативно-правового акта. Конституция Российской Федерации является нормативно-правовым актом, обладающим верховенством и высшей юридической силой. Ни один закон или иной правовой акт, принятый в Российской Федерации, не может противоречить Основному закону государства. Обладая таким статусом, Конституция по праву традиционно занимает верхушку всей иерархии нормативно-правовых актов. Согласно п. 6 ст. 125 Конституции РФ акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу. Иными словами, можно сказать, что такие акты нарушают правовую традицию целостности системы законодательства, не согласовываются с основным законом и тем самым не являются истинными. К неконституционному акту можно применить такое понятие, как ложный нормативно-правовой акт.

Согласно третьей (прагматистской) концепции высказывание считается истинным, если оно работает, является полезным и приносит успех¹². Полезность права зависит непосредственно от субъекта, познающего право. В целом такое положение заключается в знании, представлении субъекта о праве и его отношении к нему. Иными словами, здесь речь идет непосредственно об уровне правосознания субъекта. В современных правовых традициях выделяются три уровня правосознания: обыденное, профессиональное,

¹⁰ См.: Многомерность истины. С. 94.

¹¹ Ивин А.А. Там же. С. 94.

¹² См.: Многомерность истины. С. 94.

научное¹³. Обыденному (вненаучному) правосознанию соответствует обыденная истина, которую человек, как правило, не подвергает сомнениям¹⁴. На самом деле подобная истина есть ни что иное как простая констатация правовых наблюдений. Для научного правосознания свойственна научная истина, которая имеет свои научные критерии: значимость, обоснованность, достоверность и т.д.¹⁵, т.е. приносят ли пользу требования правовых норм реальным потребностям общества и человека или нет. Если да, то к ним применима категория «истина», если нет – «ложь».

Истинность традиции правоприменительного процесса находит свое выражение в утвердительных или отрицательных суждениях. Однако эти суждения подлежат дальнейшему развитию и нередко заменяются другими, более истинными. Последние исследования в области психологии показали, что человек постоянно ощущает собственное присутствие в познавательном процессе, т.е. он постоянно приближается к истинности познаваемого объекта, пополняя свои собственные знания. Каждая относительная истина органически включает в себя момент абсолютного знания. В свою очередь, абсолютная истина складывается из относительных истин. Таким образом, речь должна идти не о существовании двух различных видов истин: относительной и абсолютной, а о соотношении данных категорий в рамках одной объективной истины.

Истинность правовых традиций правоприменительного процесса может содержать не только общие законы, но и отдельные факты, имеющие особое значение для разрешения конкретного дела. Также на установление такой истины могут быть направлены социальные, организационные условия деятельности правоприменительных органов, принципы их деятельности.

¹³ См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 2005. С. 559–573; Проблемы общей теории государства и права / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 384–413; Байниязов Р.С. Правосознание и правовой менталитет в России: Введение в общую теорию. Саратов, 2001.

¹⁴ Афанасьев С.Ф. Проблемы истины в гражданском судоустройстве. Дисс. ... на соиск. канд. юрид. наук. Саратов., 1998. С.

¹⁵ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве и аналитическая юриспруденция. Перев. с англ. А.А. Краевского // Российский ежегодник теории права. № 2. 2009. СПб., 2011. С. 432–453; Чудинов Э.М. Природа научной истины. М., 1977. С. 15.

Таким образом, истина в сложившихся правовых традициях правоприменения есть результат правильного познания объективной действительности, а не сама действительность. Она объективна потому, что ее содержание соответствует отражаемому объекту и не зависит от субъективных устремлений человека¹⁶.

*И.В. Чечельницкий**

ТРАДИЦИИ СПРАВЕДЛИВОСТИ В ПРАВЕ

Идеи справедливости имеют непреходящее значение для развития общества в целом и формирования государственно-правовой материи в частности. На протяжении всего развития цивилизации представления о справедливости лежали в основе социального порядка и духовно-нравственных ценностей человечества. Споры о справедливости традиционно занимают центральное место в философских концепциях выдающихся мыслителей в различные исторические эпохи.

Сократ называл справедливость предметом «драгоценнее всякого золота»¹, идеи справедливости составляли основу идеального государства Платона, Аристотель разработал формальную структуру справедливости, выделив ее двуединую сущность: уравнивающую и распределяющую справедливость.

Выдающиеся юристы Древнего Рима связали воедино справедливость и право, определив последнее как искусство доброго и справедливого, а справедливость как неизменную и постоянную волю предоставлять каждому его право: жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит².

Классик философии Нового времени И. Кант считал, что справедливость есть основа и цель человеческой жизни, «ведь, ес-

¹⁶ См.: Петрова О. В. Объективная истина и гарантии ее установления в уголовном процессе: Автореф. дисс. ... к.ю.н. Воронеж, 2000. С. 22.

* Чечельницкий И.В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» – Санкт-Петербург.

¹ См.: Платон. Государство. М., 1993. С. 123.

² См.: Дигесты Юстиниана. Книга 1 / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. С. 83.

ли исчезнет справедливость, жизнь людей на земле уже не будет иметь никакой ценности»³. При этом смысл справедливости он видел в следовании категорическому императиву: поступай так, чтобы твой поступок мог стать образцом для всех, и относись к человеку всегда – как к цели и никогда – как к средству.

Выдающийся германский правовед Р. Иеринг под справедливостью понимал соответствие положения вещей интересам общества⁴. Г. Кельзен утверждал, что справедливость отражает «социально признанные большинством интересы»⁵.

Д. Роулз полагал, что справедливость «представляет собой первую добродетель социальных институтов подобно тому, как истина – первую добродетель системы мысли»⁶. При этом он считал социальное и экономическое неравенство справедливым, если оно приводит к компенсирующим преимуществам для каждого человека, но вместе с тем «тот, кто может быть жертвой, не должен быть принесен в жертву даже ради принципа общего блага»⁷.

М. Сэндел обоснованно утверждает, что «в справедливом обществе каждый получает то, что заслуживает. Трудности начинаются, когда мы задаемся вопросами: чего и по каким причинам заслуживают люди»⁸. При этом он указывает на три подхода к достижению справедливости: через максимизацию благосостояния, через свободу и через добродетель (мораль) и отдает предпочтение последней.

Значительное количество работ, посвященных познанию различных аспектов справедливости, которые появились на рубеже ХХ–XXI вв. в России, говорят о том, что сегодня данная проблема актуальна как никогда. Это обусловлено следующими факторами.

Во-первых, справедливость представляет собой универсальную меру поведения и миропонимания человека, выступает нравственной основой и средством обеспечения ценности права. Справедливость является «альфой и омегой» решения наиболее

³ Кант И. Критика практического разума. Соч. в 6 т. Т. 4. М., 1965. С. 256.

⁴ См.: Иеринг Р. Цель в праве. СПб. 1881. С. 386.

⁵ См.: Kelsen H. What is justice? Los Angeles, 1957. С. 4.

⁶ Ролз Дж. Теория справедливости. – М.: Изд. ЛКИ, 2010. С. 19.

⁷ Рикёр П. Справедливое / Пер. с фр. Б.Скуратова, П.Хицкого. Послесловие – Э. Шлоссер. М.: Гнозис; Логос, 2005. С. 75.

⁸ Сэндел М. Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 31.

актуальных вопросов современной юридической науки: начиная с отраслевых проблем индивидуализации наказания, возмещения материального и морального вреда, уплаты налогов или алиментов, обеспечения экологических интересов граждан и заканчивая комплексными общеправовыми проблемами правотворчества и правоприменения, правопонимания и правосознания.

Во-вторых, актуальность справедливости в современной правовой системе находит подтверждение в правоприменительной и правотворческой практике российских судов. Конституционный Суд Российской Федерации обращался к принципу справедливости примерно в каждом десятом из принимаемых им решений (1500 из 14500), Верховный Суд Российской Федерации – примерно в каждом 6 решении (12000 из 70000)⁹.

В современной теории государства и права категорию «справедливость» исследуют с различных точек зрения: как нравственное¹⁰, социальное¹¹ и юридическое¹² явление. Представляется, что она имеет комплексный характер и «триединую сущность: социальную, духовно-нравственную и юридическую»¹³. Вместе с тем нравственная основа справедливости первична, поэтому справедливость следует рассматривать в качестве основополагающего нравственного принципа, который пронизывает все уровни общественной жизни (право, политику, экономику, социальные отношения) и заключает в себе морально обоснованное представление общества о соразмерности взаимосвязанных явлений, интересов и действий. Реализуясь в законодательстве, принцип справедливости приобретает нравственно-правовой характер. Истиинность данного положения обусловлена несколькими факторами.

⁹ Информация приведена по данным СПС «Консультант Плюс» по состоянию на 25 марта 2013 года.

¹⁰ См.: Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. Л., 1980. С. 49.; Москалькова Т.Н. Нравственные основы уголовного процесса (стадия предварительного расследования): дисс. ... докт. юрид. наук, М., 1997. С. 98; Романец Ю.В. Этические основы права и правоприменения. М., 2012. С. 93.

¹¹ См.: Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. М., 1977; Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. Саратов, 1989. С. 315.

¹² См.: Нерсесянц В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // СоцИС. 2001. № 10. С. 7.

¹³ Романец Ю.В. Этические основы права и правоприменения. М., 2012. С. 93.

Во-первых, крайне опасно «отрывать» справедливость от морально-нравственных оснований и сводить ее к простой эквивалентности в распределении материальных и социальных благ или же к комбинации моделей формального равенства и неравенства, присущих правовой справедливости. Справедливость – нравственное понятие, уходящее своими корнями в догосударственный и доправовой период развития нашего общества. Уже поэтому она не может быть опосредована рамками исключительно правовой материи.

Во-вторых, не вызывает сомнений, что справедливость – явление общественное, но искать ее корни лишь в определенном иерархическом устройстве социума и взаимосвязи социально обусловленных ролей не представляется возможным, поскольку, когда мы говорим о справедливом или несправедливом общественном устройстве, то всегда апеллируем к нравственным императивам, религиозным нормам и традициям.

Справедливость и право находятся в диалектической взаимосвязи: закрепленные в праве идеи справедливости получают свойство нормативности, а право тем самым становится справедливым и нравственно-обоснованным. Правовое регулирование общественных отношений посредством справедливого законодательства позволяет добиться социальной справедливости, а закрепление нравственного принципа справедливости в праве модифицирует его в нравственно-правовой императив. А.И. Экимов по этому поводу обосновано отмечает, что «справедливость, будучи зафиксированной посредством правовых норм, выступает как признанный и защищаемый государством масштаб соизмерения действий людей»¹⁴.

Особое значение для формирования идей справедливости и для их воплощения в праве имеют сложившиеся в конкретном обществе традиции, поскольку, они, с одной стороны, формируют его отношение к тем или иным явлениям и поступкам, чем, в конечном счете, определяют критерии их справедливости или несправедливости, а, с другой стороны, формируют действующую правовую систему, которая опирается на многовековой опыт поколений.

Россия во все времена была и, по всей видимости, останется страной традиционной. Несмотря на три революции, произошедшие в XX в., такие непреходящие традиционные ценности, как се-

¹⁴ Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. Л., 1980. С. 70.

мья, дом, религия, любовь к Родине, нравственные императивы добра и справедливости продолжают играть первостепенную роль в жизни нашего общества. Об этом свидетельствует тот факт, что по прошествии более 20 лет после распада Советского Союза российское государство не только не прекратило свое существование, но и с каждым годом усиливает свои позиции на мировой арене, возрождает экономический, социальный и духовно-культурный потенциал нации, причем во многом благодаря опоре на традиционные российские ценности, которые составляют основу формирующейся обновленной национальной идеи. Это подчеркивает своевременность и актуальность научных исследований, посвященных роли традиций в праве.

Традиции имеют огромное значение для повышения регулятивного потенциала действующего права, поскольку эффективность правового регулирования во многом зависит от того, насколько право соответствует выработанным из поколения в поколение морально-нравственным принципам, представлениям общества о добре и зле, гуманизме и справедливости, насколько оно способно защитить и укрепить их.

Традиции занимают особое место среди регуляторов общественных отношений, однако в научной литературе нет однозначного подхода к сущности данного вида социальных норм. Одни авторы отождествляют обычай и традиции¹⁵, другие считают, что традиции имплементированы в структуру обычного права¹⁶. В философской литературе обычай относят к традициям¹⁷. Однако наиболее обоснованной представляется точка зрения, согласно которой между обычаями и традициями существует различие, которое необходимо учитывать¹⁸.

Основываясь на существующих в юридической науке подходах, можно сделать вывод, что традиции представляют собой

¹⁵ См.: Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Ю.А. Дмитриев, И.Ф. Казьмин, В.В. Лазарев и др.; Под общ. ред. А.С. Пиголкина. 2-е изд., испр. и доп. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1988. С. 115.

¹⁶ См.: Сагидов А.М. Обычаи и традиции в правовой системе Республики Дагестан: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 28–31.

¹⁷ См.: Философский словарь. М., 1986. С. 487.

¹⁸ См. об этом: Суханов И.В. Обычаи, традиции и преемственность поколений. М.: Политиздат, 1976; Горячева А.А. О некоторых категориях социальной психологии. М., 1965; Цавилов Б.Х. О традициях и обычаях. Нальчик, 1961.

особый социальный регулятор, выступающий механизмом передачи опыта поколений посредством сложившихся устойчивых и обобщенных норм и принципов отношения людей в обществе, реализующийся через воспроизведение ими общепризнанных групповых моделей поведения¹⁹.

Взаимосвязь и взаимозависимость традиций, идей справедливости и права можно проследить по двум направлениям: в их единстве и в их многообразии. Единство проявляется в том, что традиции выступают основой для формирования идеи справедливости, которая в дальнейшем получает реализацию в виде нравственно-правового принципа справедливости в законодательных актах. В этой связи традиции и идея справедливости всегда связаны теснейшим образом. Однако право не всегда является воплощением справедливости и традиций. В подобных случаях оно теряет регулятивный потенциал, потому что не может адекватно отражать интересы общества.

Многообразие во взаимосвязи идеи справедливости, традиций и права можно проиллюстрировать на следующих примерах из практики различных государств мира.

Первый пример связан с вопросом соотношения частных и публичных интересов в праве (индивидуализма и колlettivизма). Если для западноевропейских государств характерны демократические традиции, основанные на идее абсолютной свободы индивида и ограниченном характере государственной власти, то традиции российской государственности на протяжении столетий были связаны с сильной авторитарной властью, а в сфере социального устройства господствовали коллективные формы организации быта.

В связи с этим либерально-демократические концепции индивидуализма далеко не всегда находят плодотворную почву в сознании граждан России. Например, абсолютизация приоритета личных интересов над публичными в конце прошлого столетия могла бы привести к разрушению российской государственности.

¹⁹ См.: Сарингулян К.С. О регулятивных аспектах культурной традиции // Советская этнография. 1981. № 2. С. 99; Давыдов Ю.Н. Культура – природа – традиция / Традиция в истории культуры. М., 1978; Кулажников М.Н. Право, обычаи и традиции. Ростов-на-Дону, 1972; Сафонова Ю.Н. Общественное мнение и религиозные традиции. М.: Мысль, 1970. С. 14; Власова В.Б. Традиция как социально-философская категория // Философские науки. 1980. № 4. С. 30–39.

Поэтому с начала XXI в. реформы в Российской Федерации были ориентированы уже не на безоглядное возвышение личных интересов, а на обеспечение публичных (общесоциальных) интересов.

М.В. Немытина по этому поводу обоснованно отмечает, что «исследование проблем публичного права, связанных с поиском новой сущности российской государственности, реально представляющей интересы общества, имеет не меньшее значение, чем проникновение в содержание частноправовых отношений»²⁰. Поэтому социальная справедливость в России должна достигаться путем обеспечения баланса частных и публичных интересов, но публичные интересы должны составлять основу частных как отражение совокупности наиболее социально значимых ценностей каждого добропорядочного гражданина.

Второй пример касается осмыслиения таких противоречивых социальных явлений, как эвтаназия, трансплантация органов и проституция. В государствах, где представления о справедливости и праве основаны на традициях признания абсолютной свободы человека распоряжаться своим телом, помочь в совершении суицида, продажа органов или любовь за деньги считаются формой проявления свободы индивида. Ведь если человек – хозяин самого себя и своего тела, то он может распоряжаться им по своему желанию.

В русле российской правовой традиции данные социальные феномены подрывают основы нравственности, потому что пре-вращают человека из цели в средство, противоречат принципам гуманизма и христианской морали. Для России, с учетом её многовековых традиций православия, подобные социальные практики совершенно неприемлемы и находятся в большей степени вне закона, хотя в последнее время в обществе порой и разгораются острые дискуссии о допустимости эвтаназии, звучат предложения о легализации проституции, развитии рынка человеческих органов. Однако прежде чем осуществлять рецепцию подобных феноменов в российскую действительность, необходимо вспомнить слова Г.И. Муромцева о том, что «слепое копирование правовых идей, институтов и конструкций развитых стран на пост-

²⁰ Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов, 2008. С. 47.

советском пространстве без учета культурно-исторической специфики стран-доноров и стран-реципиентов не дает желаемых результатов»²¹.

Наконец, необходимо отметить, что наибольшие социальные противоречия и даже кризисы возникают тогда, когда право отрывается от традиционных представлений общества о справедливости. В современной России подобной морально-правовой дилеммой является вопрос о допустимости применения к лицам, совершившим особо тяжкие преступления, смертной казни. С одной стороны, складывается ситуация, когда мера наказания, предусмотренная статьей 20 Конституции Российской Федерации²² и статьей 59 Уголовного кодекса Российской Федерации²³, не применяется со ссылкой на нератифицированный Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод при поддержке со стороны Конституционного Суда Российской Федерации. С другой стороны, очевидно, что затрагиваются и более глубокие проблемы соотношения традиций, идеи справедливости и права.

Социальные опросы показывают, что подавляющее большинство россиян (от 75 до 85%) выступают за применение смертной казни²⁴. Это связано с тем, что для России смертная казнь – традиционная мера наказания за наиболее тяжкие преступления против личности и против государства, а мораторий на ее применение противоречит представлениям общества о справедливости.

Подводя итог, необходимо отметить, что традиции играют важнейшую роль в формировании и утверждении принципа справедливости, которые в обществе в дальнейшем закладываются в правовую матрицу и выступает обязательным элементом эффективности правового регулирования. Особенно важно учитывать нацио-

²¹ Муромцев Г.И. Методологические подходы в сравнительном правоведении: материалы Всероссийской научной конференции. Москва, 30 марта 2012 г. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2013. С. 11.

²² Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Собрание законодательства Российской Федерации, 2009. № 4. Ст. 445.

²³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации, 1996. N 25. Ст. 2954.

²⁴ Сауляк О.П. Правопорядок: контуры новых подходов к исследованию. Монография. М.: Социально-политическая мысль, 2009. С. 217.

нальные традиции при заимствовании зарубежного правового опыта. В связи с этим М.В. Немытина обоснованно отмечает, что в нашем обществе «сильно осознание уникальности исторического пути России, необходимости учитывать собственный правовой опыт и традиции как основу развития страны»²⁵. Поэтому при интенсивном развитии правовой системы России законодателям необходимо помнить об исконных традициях российского народа, а принимаемые ими нормативные правовые акты должны соответствовать представлениям общества о справедливости.

*Е.Г. Лукьянова**

ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: ОБ ОЧЕРЕДНОЙ ПОПЫТКЕ ИХ ОТРИЦАНИЯ

Происходящая в мире глобализация, которая представляет собой сложный комплекс различных процессов, включающих интенсификацию межгосударственных экономических, политических, социальных, культурных связей, обуславливает широкое распространение западных и прежде всего правовых ценностей в неправовых культурах и одновременно их усиливающееся неприятие. Последнее (неприятие правовых ценностей) происходит разными способами и в разных формах, иногда в открытых, иногда завуалированных. Особо изощренными представляются так называемые классовые, национальные, религиозные правовые концепции, в частности, концепции прав человека, формирующие соответствующие идеологические модели, в рамках которых факты грубейших попраний прав человека объясняются как «свое» особое их видение; предлагаются свои национальные системы прав человека, под которыми чаще всего мыслятся обязанности коллективистского типа¹.

²⁵ Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов, 2008. С. 71.

* Лукьянова Е.Г. – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора теории права и государства Института государства и права Российской академии наук.

¹ Например, китайская система прав человека, пишет С.В. Королев, включает «такие нормы, как: 1) учиться всю жизнь (прежде всего у других китайцев); 2) со-

При этом данные варианты «своего» видения и понимания прав человека, в частности, стали называть цивилизационной теорией прав человека².

Рассмотрим, к примеру, так называемую исламскую идеологическую модель (концепцию) прав человека. Концепция мусульманского права существует уже достаточно давно, а вот исламская концепция прав человека – относительно новое явление³. Исследователи ислама выделяют в шариате «значительное» количество норм, «посвященных правам человека». При этом они отмечают, что так же, как и в основе западного права, «в их основе лежат такие начала как достоинство и свобода человека, равенство и справедливость»⁴. Казалось бы, что ничего особенного и «своего» здесь нет. Между тем, загвоздка кроется в том, как интерпретируются в исламской концепции прав человека названные ключевыми началами западного права. Так, «свобода в исламе проявляется главным образом не во внешнем поведении мусульманина, а в широте его внутреннего мира, нацеленного на приобщение к божественной воле»⁵. Оригинален ислам и в интерпрета-

блюдать солидарность и взаимовыручку (родственных семей и семей побратимов); 3) обеспечить достаток для своей семьи, пусть даже не вполне легальными методами; 4) всячески избегать неоправданных расходов, которые могут подорвать семейный бюджет и (или) сделать невозможным «рывок из нищеты»; 5) «хранить лицо», т.е. избегать такого поведения, которое может повлечь позор на родовое имя, а если такой поступок был совершен, по возможности не признаваться в нем». См.: Королев С.В. Китайская концепция прав человека // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Под общ. ред. чл.-корр. РАН Е.А. Лукашевой. М.: Издательство НОРМА, 2002. С. 383. «В подлинном правовом обществе исходят из не-преходящей ценности каждого человека, и в то же время из того, что каждый человек призван возрастиать в духовном своем совершенстве и нести нравственную и юридическую ответственность за свои поступки», – пишет В.В. Сорокин. См.: Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 437.

² Сайдов А.Х. Цивилизационная теория прав человека // Права человека и современное государственно-правовое развитие / Отв. ред. проф. А.Г. Светланов. М., 2007. С. 112–131.

³ Несмотря на то, что шариат – древнейшая нормативная система, выделять в ней нормы, посвященные правам человека, исследователи стали недавно.

⁴ Сюкянен Л.Р. Исламская концепция прав человека: теоретические основы, тенденции и перспективы развития // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Под общ. ред. чл.-корр. РАН Е.А. Лукашевой. М.: Издательство НОРМА, 2002. С. 286.

⁵ Там же. С. 287.

ции равенства. Равенство «понимается в исламе прежде всего как общность происхождения всех людей от Адама»⁶.

Но наиболее четкие отличия между западной и исламской концепцией прав человека видны на примере свободы вероисповедания, пишет Л.Р. Сюкиянен⁷. Согласно «либерально-демократической» интерпретации свободы вероисповедания человек свободен в выборе вероисповедания, а согласно «исламской» интерпретации данного права за такой выбор следует наказывать смертной казнью, так как нормы шариата предусматривают таковую за отход от ислама. Аналогично объясняются и предусмотренные шариатом нарушения прав женщины: побитие камнями – это альтернативное видение ее прав. Трудно упрекать апологетов данных «концепций» в элементарной нелогичности. Дело в том, что логика тоже имеет религиозную и национальную специфику: исламская концепция «выглядит противоречивой и непоследовательной лишь с позиций европейского правосознания», пишет тот же автор. Но с учетом своей собственной внутренней логики она вполне стройна и последовательна⁸.

Авторы и приверженцы подобного рода концепций должны были бы спорить о том, чье видение прав человека, или же права в целом, или же божественной воли, или прочих вещей – истинное (как бы там ни было, но целью науки пока еще остается получение истинного знания, астина не предполагает наличия двух или более различных знаний об одном и том же предмете). В.В. Сорокин считает, что только русский народ знает истину: «...критериям исконного и сокровенного Права отвечала только российская правовая система»⁹. С ним согласен А.И. Бастрыкин, который убежден: «справедливо то, что соответствует общепринятым морально-нравственным представлениям о справедливости, и русские люди всегда особенно остро чувствовали это»¹⁰. Однако в вопросе при-

⁶ Сюкиянен Л.Р. Исламская концепция прав человека: теоретические основы, тенденции и перспективы развития // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Под общ. ред. чл.-корр. РАН Е.А. Лукашевой. М.: Издательство НОРМА, 2002. С. 288.

⁷ Там же. С. 294.

⁸ Там же. С. 282.

⁹ Сорокин В.В. Указ. раб. С. 447.

¹⁰ Бастрыкин А.И. Теория государства и права: Лекции. СПб.: Ореол, 2005. С. 172.

знания многообразия национальных концепций права и прав человека (и их одновременной истинности) эти авторы проявляют удивительную солидарность: «ни одна концепция прав человека не может претендовать на универсальность», «все национальные правовые системы и модели понимания прав человека следует признать равноправными», пишет А.Х. Саидов (интересно, в каком смысле цитируемый автор употребляет здесь слово «равноправны»: в русском, мусульманском или китайском, ведь универсального понимания права не существует)¹¹. Основу этой солидарности заложили нацистские идеологи, если допустить существование только одного истинного понимания указанных вещей, писал К. Шмитт, то это позволит «врагам национал-социалистического государства использовать иные воззрения на право и справедливость в борьбе против права и справедливости национал-социалистического государства и сделать немецкого судью, адвоката, чиновника юстиции или правоведа инструментом своих политических стремлений»¹².

Традиция алогичной ненаучной интерпретации права и других правовых категорий была заложена учеными—марксистами (и нацистами) гораздо раньше (а точнее еще раньше – софистами¹³), но апофеоз алогичных правовых концепций приходится на пору глобализации, как одно из возможных средств противодействия закономерному распространению западных ценностей¹⁴. Впрочем, обусловленность возникновения данных концепций политическими факторами не отрицается и самими их приверженцами. В частности, Л.Р. Сюкияnen пишет: «...Исламская концепция в значительной мере мыслится в качестве альтернативы либераль-

¹¹ Саидов А.Х. Цивилизационная теория прав человека // Права человека и современное государственно-правовое развитие / Отв. ред. проф. А.Г. Светланов. М., 2007. С. 124.

¹² Шмитт К. Государство и политическая форма М.: Издательский дом Государственного университета. Высшей школы экономики, 2010. С. 262.

¹³ При этом уже тогда Платон подверг критике Протагора, отмечая не научный, а популистский характер подобных теорий: когда Протагор утверждает, что мнение каждого правильно, он просто «заносчив перед народом». См.: Платон. Теэтет // Сочинения. Т. 2. М., 1970. С. 251.

¹⁴ «В наше апостасийное время католический характер западного образа жизни, идеалов Запада и муссируемой Западом глобализации уже невозможно скрыть», – пишет В.В. Сорокин. См.: Сорокин В.В. Указ. раб. С. 440.

ным взглядам и в силу этого нацелена на обоснование превосходства исламского видения прав человека над западными теориями»... «Такая общая направленность исламских разработок по данной теме объясняется тем, что выдвигаемые против ислама обвинения в нарушении прав человека воспринимаются в мусульманском мире как упрек в адрес шариата в целом...»¹⁵.

При всем том нельзя не учитывать и субъективный фактор, обскурантистскую и антисциентистскую устремленность авторов упоминаемых концепций¹⁶, стремящихся мистифицировать и мифологизировать правовое знание¹⁷. «Действительно, положить конец миру, устроить жизнь людей по своим меркам – предел мечтаний для той «гуманитарной» идеологии, которая зародилась из слияния либертарного натурализма, позитивизма и оккультизма», – убежден В.В. Сорокин¹⁸. «Перед цивилизационной теорией прав человека стоит задача: вернуть человеку «юридическому» духовно-правовые истины, вдохнуть в него утерянную веру в единство Справедливости, Закона и Правосудия», – пишет А.Х. Сайдов¹⁹.

¹⁵ Сюкянен Л.Р. Указ. раб. С. 208.

¹⁶ К примеру, один из начинающих исследователей правового государства пишет: «Существуют страны с... высоким уровнем правовой защищенности граждан, где тем не менее... права человека не признаются в качестве элемента национальной системы права», по всей видимости потому, что «названные ценности (права человека, демократические свободы) не являются правовыми применительно кенным обществам, и оценивать эти общества следует из иных – местных культурных и социальных предпосылок – и соответствующей формы понимания права». См.: Антонов М.В. Об определении понятия «правовое государство» // Право. 2010. № 3. С. 139.

¹⁷ В претендующий представлять собой «серьезный научный острополемический труд, посвященной проблеме правопонимания» (цитата из аннотации) книге В.В. Сорокина «Понятие и сущность права в духовной культуре России», виновником всех прошедших и будущих бед человечества называется «Запад», «Западный мир», новый левиафан: он «высвободил страшный разрушительный потенциал человеческих страстей и инстинктов, которые в условиях либеральных свобод способны уничтожить человечество. Идеи «прав человека» и «рыночной экономики» являются лишь видимой, а значит – малой частью общего «айсберга» западного либертарного юснатурализма, пишет В.В. Сорокин. На самом деле в основе всей западной цивилизации, это автору известно достоверно, лежат гораздо более глубинные религиозные тенденции, которые точнее всего можно определить понятием «сатанизм». См.: Сорокин В.В. Указ. раб. С. 439. При этом автор утверждает, что именно Запад питает враждебные чувства не только к России, но и всему человечеству.

¹⁸ Сорокин В.В. Указ. раб. С. 459.

¹⁹ Сайдов А.Х. Указ. раб. С. 126.

Конечно же, все рассуждения о многообразии понимания права и прав человека – очередная мистификация. Никакого многообразия и национального видения права и прав человека в принципе быть не может. И не только по сугубо эпистемологическим принципам. В самой реальности возможен только дуализм: право (мера свободы) и его отрицание (правонарушение, иначе называемое произвол). Некоторые, по совершенно очевидным причинам, правом называют последнее, маскируя свою позицию апелляциями к «многообразию», «культурным особенностям» и даже эпистемологическому релятивизму. Посвятив значительно количество страниц отстаиванию «своего» понимания и видения, никто из авторов никогда не высказывается определенно, в чем же конкретно состоит это «свое», «цивилизационное» понимание прав человека. В лучшем случае, под «своим» пониманием и видением предлагается что-то уже имеющее свое название и понимание (как, например, под китайской системой прав человека нам предлагается перечень обязанностей коллективистского типа). Весь ложный правовой плюрализм сводится только к двум идеям: признанию или отрицанию свободы за каждым индивидом.

На поверхности этих концепций – их очевидная теоретическая несостоятельность. Теория предполагает описание и объяснение предмета с точки зрения выявления законов (закономерностей) его функционирования и связей с другими предметами. При этом, как уже отмечалось, полученные знания не могут противоречить сами себе. Истинное знание, понятие о предмете может быть только единственным. Авторы данных концепций в качестве отправной точки берут не предмет объективной реальности и его идеальное отображение, а уже готовое понятие, точнее имя, название и притягивают к нему явления, имеющие иную либо прямо противоположную природу, порождая терминологическую путаницу.

В этих теориях не ясным остается вопрос, как определяется круг субъектов, за которыми признается «свое» понимание права и прав человека. Пока авторы данных концепций называют нам в качестве таковых только государства, нации и религиозные группы. Получается, что круг субъектов определяется произвольно. А раз так, то почему бы также произвольно не признать, что и у каждого человека «свое» видение права и прав человека?

Рассматриваемые концепции вредны тем, что, искажая информацию, создают ложное представление о соответствующих национальных и религиозных нормативных системах, не позволяют показать и увидеть их положительные и отрицательные стороны и тем самым препятствуют их научному объективному познанию. В практическом плане эти концепции представляют собой попытки легитимации нарушений прав человека и противоправных действий публично-политической власти²⁰, направлены на консервацию существующего порядка и воспрепятствование модернизации социальных систем. Выгодны они узкому кругу властующих.

*В.А. Белов**

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В ГЛОБАЛИЗУЮЩЕМСЯ МИРЕ

Понятие «традиция» восходит к латинскому «traditio» от глагола *tradere*, означающему «передавать что-либо». И в Древнем Риме оно использовалось в буквальном значении, обозначая материальное действие: так, римляне применяли его когда речь

²⁰ Совершенно верно отмечает Д. Луковская: «Однако нельзя не признать, что и риторика “права каждой культуры на самовыражение” может скрывать не просто тенденцию к самоизоляции, но и возможные тоталитарные притязания. Здесь можно привести одно на первый взгляд шокирующее высказывание: «Если культура каннибала ничем не уступает культуре либерала, то либерал должен быть готов отдать себя на съедение». Многообразие культур не исключает, а предполагает универсальность прав человека как «общечеловеческой ценности». См.: Луковская Д. Понятие прав человека: Многообразие подходов // История государства и права. 2007. № 12. С. 35. Е.А. Лукашева отмечает: «...идея ценности человека, его права на свободу и формальное равенство, опоры общества на право, обеспечивающего притязания индивида на гуманное отношение к нему со стороны власти характерны, прежде всего, для европейской цивилизации» См.: Права человека. Учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма. 1999. С. 29. «Одна из важнейших составляющих европейской цивилизации начиная с XVII века – идея прав человека – никогда не была значимой в политических доктринах мыслителей России и поэтому не могла стать определяющим элементом общественного сознания, целью социального развития». См.: Там же. С. 34.

* **Белов В.А.** – доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права РУДН.

шла о необходимости передачи права собственности на какой-либо предмет¹, или в значении «отдать свою дочь замуж».

В испанском языке это понятие трактуется как устное предание-легенда, передаваемая устно из поколения в поколение; мнение философа, отражающее прошлые истины; народное правило поведения (вендетта) – кровная месть в Италии, или, наконец, – испанское политическое движение (карлисты) традиционалисты².

В.И. Даль в Толковом словаре великорусского языка в XIX в. определяет «традицию как предание – все, что устно перешло от одного поколения на другое; исконное понятие – традиционные обычаи дипломатики»³

Сегодняшнее понятие традиции в Интернете путается с обычаем, которое вбирает в себя множество представлений, образов, привычек и навыков практической и общественной деятельности, передаваемых из поколения в поколение, выступающих одним из регуляторов общественных отношений.

С точки зрения права – это правила поведения, сложившиеся на основе постоянного и единообразного повторения фактических отношений, именуются «обычаем»⁴. Обычай, как источник права, сохраняет свое значение, так как признается законом, решением суда или дипломатическим протоколом и церемониалом. Назначение обычая состоит в том, чтобы восполнить пробелы в законе.

Традиция – это не обычай, это понятие шире, так как передается из поколения в поколение, но имеет место во всех сферах жизни общества, например: культурные традиции, трудовые, нравственные, бытовые, семейные и, наконец, правовые традиции.

Для обыденного сознания эпохи модерна слово «традиция» ассоциируется с тем, что связано с прошлым, утратило новизну и, в силу этого, противостоит развитию и обновлению. И если изначальное значение понятия «традиция» включало в себя аспект особых уважения к процессу передачи, то в дальнейшем этот аспект в

¹ См.: *Словарь Брокгаузъ и Ефронъ..* СПб. 1902 г. Т. 3. С. 1530 / В богословии – священное предание, (юрид.) лат. – передача права собственности.

² Испанский словарь LAROUSS/Ramon Garcia-Pelayo y Gross. 1964, México, Buenos Aires, Paris.

³ Даль В.И. Толковый словарь живого, великорусского языка. М.: Олма-Пресс, 2002 г. Т. 4, С. 251.

⁴ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М.: Международные отношения, 1983.

светской культуре постепенно утрачивается, в мире возникает общая тенденция к инфляции понятия. Сегодня можно говорить об изменении понимания традиции как изменчивого феномена. Особенно в силу ускорения объема информации, экономической глобализации, которая приводит не только к имплементации правовых институтов, но и к «размыванию» культурных и научных традиций в Европе и мире.

Сегодня мы наблюдаем переход от интернационализации хозяйственной, политической и культурной жизни между самостоятельно развивающимися странами к формированию нового системного уровня человеческой общности со своими закономерностями, движущимися силами и механизмами регулирования. И если в XX в. системаобразующую роль в мире играли несколько экономически и технически передовых государств, то теперь на эту роль претендуют не только более широкий круг государств, но и глобализирующийся капитал (ТНК), международные финансовые центры и организации. Происходит унификация правил экономических, финансовых, культурных и образовательных, установление мировой информационной сети и становление системы глобального управления ресурсами планеты.

Мировое сообщество приобрело новую форму, оно стало глобальным. При этом стоит отметить, что «глобализация – объективная закономерность развития человечества, которой воспрепятствовать не в состоянии никакие силы»⁵.

Это всеобъемлющее явление в XXI в. охватывает многие функции человеческой деятельности, и поэтому специалисты многих отраслей знаний исследуют глобализацию. Значительное внимание уделяют ей философы, экономисты, социологи, юристы, экологи и многие другие. Все они пытаются осмыслить это явление, моделируя возможные варианты развития мирового сообщества.

Многим из них глобализация представляется как процесс «становления единого мира – целостного по своим общим контурам, и по внутренней взаимосвязанности своих взаимопроникающих компонентов»⁶.

⁵ См.: Лукашук И.И. Глобализация и государство // Журнал российского права. 2001, №4. С. 64.

⁶ См.: Ильин М.В. Политические аспекты глобализации // Труды фонда Горбачева. Т. 7. М., 2001. С. 140.

Определение этих компонентов и их взаимосвязь определяется универсальным регулятором этих отношений – правом. И история показывает, что юристы одними из первых столкнулись с необходимостью создания глобальных механизмов регуляции при появлении общемировых проблем, таких как мировые войны, освоение космоса, мореплавание и т.д.

В отечественной научной литературе представители различных отраслей знаний предложили классификацию различных моделей глобализации. Нам кажется, с правовой точки зрения, наиболее объективной на сегодняшний день можно считать классификацию, предложенную В.В. Богатыревым, который выделяет три возможных подхода к переустройству мира и предлагает три модели: *первая модель* «элитарно-глобального государства», при которой все отношения будут подчинены экономической целесообразности и рыночной саморегуляции, где вся власть будет принадлежать обединенной правящей элите бывших суверенных государств; *вторую модель* можно назвать «глобальной конфедерацией», при которой ведется формирование единого мирового пространства на основе равенства всех народов, единого рыночного пространства, приводящего к консолидации всех народов в единую мировую конфедерацию; *третья модель* представляется как «превращение одной державы в монопольного носителя мировой власти»⁷.

Стоит отметить, что в каждом варианте мирового развития предусматривается присутствие своих регуляторов общественных отношений и, разумеется, такого важного, как право. При этом стоит напомнить, что право является явлением производным и вторичным по отношению к существующим общественным отношениям. Давайте подробнее рассмотрим возможные варианты глобализации права относительно предложенных моделей развития.

Первая модель предусматривает уже знакомый вариант трансформации права времен Советского Союза, когда корпоративные нормы какой-либо или каких-либо международных организаций регулируют общественные отношения всего социума, преследуя при этом свои, как экономические, так и политические цели⁸. При

⁷ См.: В.В.Богатырев. Модели глобализации и право // Государство и право в условиях глобализации: проблемы и перспективы. Тезисы научных докладов. Екатеринбург: Дом Ур. ГЮА, 2004. С. 369.

⁸ См.: Бобков и др. Современный глобальный капитализм. М., 2002. С. 34.

этой модели международные организации добиваются ведущего положения в международном сообществе и регулируют отношения в нем своими корпоративными нормами. На сегодняшний день международные межправительственные организации (ММПО) являются признанными субъектами международного права, при этом их правосубъектность состоит не только в совокупности прав и обязанностей, делегированных суверенными государствами, но и в самостоятельно выработанной правосубъектности. Эти организации играют все большую роль в международном общении. Примером являются такие организации, как Международный валютный фонд, Всемирный банк, Всемирная торговая организация и т.д. «Их деятельность резко интенсифицирует процесс формирования глобального рынка»⁹, что «способствует развалу экономик ряда развивающихся стран и создает предпосылки для дальнейшего диктата всему государству»¹⁰. Прослеживается явная связь ММПО с рядом международных неправительственных организаций (МНПО), особенно таких, как транснациональные корпорации (ТНК)¹¹. Значение ТНК во всех сферах глобальной экономики постоянно увеличивается. И сегодня можно говорить о том, что они стали ядром мировой хозяйственной системы. У них имеется опыт организации управления на глобальном (международном) уровне¹². При этом стоит отметить, что уже во многих странах идет слияние государственного управления и транснационального капитала. Это произошло в таких странах, как США, Италия, ФРГ, Франция и т.д.

Вторая модель предусматривает постепенную интернационализацию права, как на универсальном, так и региональном уровне. «Использование опыта других стран – общесоциальное, историческое явление»¹³. Это способствует сближению народов и стран и дает им возможность лучше понимать друг друга. При этой модели глобализации в ближайшем будущем предусматривается сохранение национальных правовых систем, которые ре-

⁹ См.: Рогов С.М. Россия и Всемирная торговая организация // Независимая газета. 1999. 1 декабря.

¹⁰ См. Бобков и др. Там же. С. 69–89.

¹¹ Там же. С. 87.

¹² Там же. С. 91.

¹³ См.: Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000. С. 36.

цептируя, унифицируя и гармонизируя свои системы права, объединяют усилия по решению глобальных проблем.

Третья модель основана на главенстве в мировом правовом пространстве норм правовой системы страны, захватившей лидерство в глобальном мире. Основанием для выделения данной модели глобализации права послужила деятельность Соединенных Штатов Америки в международном пространстве. В политике этой страны явно прослеживается попытка «революционного захвата» мировой экономики, при котором любая другая «экономическая цивилизация» подвергается уничтожению, а ее право – вестернизации¹⁴. Имеют место на сегодняшний день попытки США проводить правовую экспансию во многих частях земного шара. Подвергаются вестернизации страны Африки, Ближнего Востока, Северной и Южной Америки. Объявляя ту или иную территорию мира «зоной национальных интересов», США активно вмешиваются во все сферы общественной и государственной деятельности и, в частности, в сферу правотворчества. Ярким примером такого вмешательства является Грузия.

Экономические и политические интересы государств подталкивают законодателей многих стран и к глобализации права. Особенно заметны эти процессы в отраслях права, обслуживающих экономику: международном частном праве, банковском праве Европейского Сообщества, налоговом праве, страховании и в правовом регулировании рынка ценных бумаг, валютном законодательстве, денежном обращении, экологическом и административном праве.

В международных финансовых отношениях отчетливо прослеживается тенденция взаимопроникновения международного и внутригосударственного права, усиление воздействия международного права на национальные системы регулирования финансовых отношений, конвергенция финансовых систем, унификация национальных законодательств¹⁵.

Глобализация мирового сообщества, начавшаяся как экономический процесс, со временем стала требовать переработки правовой надстройки конкретного государства с целью достижения компромисса между экономическими интересами финансовых

¹⁴ См.: Уткин А. Глобализация: процесс и осмысление. Аспект, 2002. С. 18.

¹⁵ См.: Шумилов В.М. Международное экономическое право. Учебно-методическое пособие. Книга II. Москва: Дека, 2002. С. 192.

центров и групп и государственными и общественными интересами конкретной страны или региона. Аналогичные процессы наблюдаются и в других сферах общественной жизни, но в последние 25 лет это происходит в праве.

Еще в 1900 г. на международном конгрессе сравнительного права Э. Ламбер предложил разработать через сравнительный анализ правовых систем так называемое вселенское право, единое для всего человечества¹⁶.

Унификацию права можно назвать основным инструментом глобализационного процесса. Международная унификация права в литературе рассматривается как одна из важнейших задач современности. Особое значение приобретает унификация норм материального права. Именно они, единообразно регулируя общественные отношения, обеспечивают единый правовой режим и позволяют создать единое правовое пространство. На это указывает и усиление их роли по сравнению с коллизионными нормами. Так, опыт стран Европейского союза показывает, что в сфере материального права коллизионное право вытесняется так называемым вторичным правом ЕС (регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения, принимаемые Европарламентом совместно с Советом). Такая унификация материальных норм обеспечивает единый правовой режим и в то же время способствует сближению правовых систем.

И.Т. Тарасов отметил: «Положительное финансовое право есть совокупность положений, определяющих государственно-хозяйственную сферу у данного народа в данную эпоху. В науке финансового права правовой, политический и экономический элементы нераздельны; в ней анализ законов хозяйственных явлений и анализ правовых норм, определяющих государственно-хозяйственную сферу, идут «рука об руку». Эта наука учит не только тому, что есть и почему оно происходит, но и тому, что в этой области согласно с экономическими законами, со значением и целью государства и с понятиями о правде и справедливости»¹⁷.

¹⁶ См.: *Popov A.A.* Новеллы современного российского гражданского законодательства, связанные с глобализацией правового пространства // Государство и право в условиях глобализации: проблемы и перспективы. Тезисы научных докладов международной научно-практической конференции. Екатеринбург, 2004. С. 209.

¹⁷ См.: *И.Т.Тарасов.* Очерки науки финансового права // Золотые страницы финансового права России. Т. IV, Финансы и налоги. М.: «Статут», 2004. С. 53.

Всем известно, что основные институты финансового права созданы не в России. Ее развитие, участие в мировой торговле и разделении труда заставили правителей Российского государства намного позже, чем в остальных странах адаптировать уже известные институты в законодательстве России. В советский период некоторые из них были хорошо забыты, но сегодня влияние международных договоров и норм закреплены в Бюджетном кодексе (ст. 4), и в Налоговом Кодексе (ст. 7). Правда, в п. 2 ст. 4 БК РФ указано, что «для их применения требуется издание внутригосударственных актов».

Многие отрасли российского права активно включились в процесс глобализации. Это хорошо видно в международном, экологическом, международном частном, гражданском и даже уголовном праве. Включение российской экономики в международные процессы активизировало применение финансового права в политической и экономической жизни страны. Кажется, следует согласиться с выводом Е.Ю. Грачевой о том, что «финансовое право «поднялось» на более высокую ступень по сравнению с предыдущими периодами и занимает место наряду с административным, гражданским правом, после конституционного, тогда как раньше некоторыми исследователями оно располагалось в самом конце системы права или о нем забывали вообще»¹⁸. Но именно поэтому науке «финансовое право» в России надо не только переосмыслить понятие предмета, но и расширить до международных стандартов некоторые институты финансового права. Это, без сомнения, касается бюджетного права СНГ, и межбюджетных российских отношений, создание единой налоговой системы (таможенного блока России, Белоруссии, Казахстана, Киргизии), обязательного и добровольного страхования (особенно недвижимости), регулирование оценочной деятельности, как основы доходов, создание единой денежной системы и банков для стран СНГ, Регламентации конвертируемости рубля, формы международных расчетов (особенно с Индией и Китаем). Пора привести к единому знаменателю правовое регулирование рынка ценных бумаг, где концепция гражданского права России расходится с эконо-

¹⁸ См.: Грачева Е.Ю. К вопросу о сущности финансового права // Государство и право в условиях глобализации: проблемы и перспективы. Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия».

мически действующим механизмом и инструментами, что способствует и плодит правонарушения.

Критерием вовлеченности государства в глобализацию является степень интегрированности норм международного права в национальное. И здесь роль финансового права, как права публичного, представляется нам наиболее важным и значимым, так как законодатель с помощью ученых должен своевременно реагировать на происходящие процессы и приводить свое национальное законодательство в соответствие с потребностями участия в глобализации.

И даже если вступление России в ЕС и ВТО еще находится в начальной стадии, граждане и юридические лица, находящиеся под юрисдикцией РФ и платящие налоги, вправе требовать от него создания благоприятных для себя условий защиты и жизнедеятельности. Защиту и охрану, так же как и благоприятственное отношение и протекционистские меры, призвало осуществлять национальное публичное право, в том числе финансовое право.

Охрана интересов самого государства и его защита в процессе глобализации – это финансовое право, так как в период мгновенной передачи информации от государственной публичной власти зависит не только регулирование, но и контроль за денежным обращением и валютной деятельностью на территории страны.

Анализируя все вышесказанное, мы вынуждены констатировать, что, как и в Европе, в современной России отношение к традиции как к таковой приводит не только к ее нормативному расширению, но и к возникновению концептуальных затруднений в связи с противопоставлением традиции и *ratio*.

Критическое отношение к традиции привело к крушению семейных традиций – 90% разводов после бракосочетания, культурных традиций – «попса» на эстраде, экспериментах в театре и балете – вплоть до акробатики на кровати и правовой нигилизм во власти – 40% судебных решений не исполняются органами исполнительной власти, а то, что творит законодательная власть – называют «взбесившимся принтером». Не будем называть других примеров в налоговом, банковском, предпринимательском и других отраслях права. Традиции в России вымирают вместе с крестьянством, интеллигенцией и образованием. Очень жаль, но это факт, который закрывает эпоха глобализации в экономике, праве, культуре и даже в вероисповедании.

*Н.Н. Штыкова**

ФОРМА ПРАВОВОГО АКТА: ТРАДИЦИИ И НОВАЦИИ

В гражданском обществе и правовом государстве организация общественных отношений осуществляется не только с помощью государственно-правового регулирования, но и через общественные институты и учреждения. Особое место в государственно-правовом регулировании занимают отношения в области экономики, развития социальных институтов, культуры, науки, защиты интересов частных лиц и обеспечения потребностей общества в целом. Эта деятельность осуществляется через функции государства в различных организационных и правовых формах. И те, и другие формы реализуются с помощью правовых актов. Это понятие традиционно, исторически и генетически является определяющим для деятельности государственных органов любой ветви власти (законодательной, исполнительной, судебной). Однако в современном информационном обществе, когда происходит становление информационных коммуникативных отношений, содержание, форма и другие признаки правовых актов претерпевают изменения, требуют, с одной стороны, реализации форм права в рамках сложившейся правовой традиции, а с другой стороны – отражение новации, использования информационных технологий в целях государственного управления.

Правовые акты как формы государственно-правового регулирования деятельности присущи государству со времени его возникновения. В рамках римского права (в понимании юридической практики) упоминаются следующие термины, связанные с пониманием правового акта, его вида, содержания, иного признака или формы:

– *instrumentum* или *scriptura* – любой документ как свидетельство, имеющее доказательственную силу¹;

* **Штыкова Н.Н.** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственных и международно-правовых дисциплин Муромского института (филиала) Владимирского государственного университета.

¹ Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. М.: Юрид. лит., 1989. С. 154.

- *documentum* – поучение, документ;
- *diptychum* – вид письменного документа на двух бронзовых или деревянных табличках с одинаковым текстом на внутренних и внешних поверхностях, который можно было прочесть, не повреждая печатей свидетелей;
- *diploma* – документ, письменное разрешение;
- *forma* – правовая норма, правило, положение и др.

Особое значение имело понятие *acta* в понимании записи о деятельности магистратов и государственных учреждений [*gesta* или *commentarii*], о заседаниях сената [*acta senatus*], об управлении воинскими частями [*acta militaria*]. Рассматриваемая категория римского права считалась общественными документами, все записи такого рода имели полную доказательственную силу². Уже Цезарь обращал особое внимание на создание специального официального вестника для опубликования правовых норм, формулируемых Сенатом. Он ввел в 59 г. до н.э. *Acta diurna populi Romani*. Они имели форму табличек с начертанными на них сообщениями и ежедневно выставлялись в людных местах для ознакомления. Из сохранившихся довольно многочисленных указаний на *Acta Diurna* римского народа следует, что в них помещались: события в жизни выдающихся в государстве лиц, а во время империи — и всех лиц, принадлежавших к императорскому семейству (их рождение, общественные и государственные отличия, смерть, похороны и т. п.); государственные дела: императорские повеления, сенатские постановления и прения (насколько обнародование их было допускаемо), распоряжения разных властей; судебные процессы и вообще хроника городской римской жизни, а также интересные случаи всякого рода: постройка, переделка или разрушение публичных зданий, события в жизни знатных домов, пожары, необычайные явления природы и даже городские слухи³.

Следовательно, немаловажное значение уже в эпоху первых сильных государств отводилось той форме, в которой правовые нормы или положения в виде актов отдельных органов власти, доводились до населения или граждан (подданных государства).

² Бартошек М. Указ. соч. С. 31.

³ *Acta Diurna* // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефона: В 86 т. (82 т. и 4 доп.). СПб., 1890–1907.

Кроме того, имеются свидетельства того, что в понятие акта входили и правовые нормы (т.е. современным юридическим языком нормативно-правовые акты), и судебные решения (иначе право-применительные и интерпретационные акты). Как указывает И.Б. Новицкий в работе «Основы римского гражданского права», важным источником познания римского права являются дошедшие до нас надписи на дереве, камне, бронзе (например, «Гераклейская таблица», бронзовая доска, на которой был изложен закон о муниципальном устройстве), на стенах построек (например, надписи, найденные при раскопках города Помпеи, засыпанного лавой при извержении Везувия в 79 г. н.э.), и т.д. В Новое время (начиная со второй половины XIX в.) надписи стали опубликовывать в специальном издании *Corpus inscriptionum latinarum* (Свод латинских надписей). Ценным источником познания римского права являются папирусы, содержащие и документы общеимперского значения; например, на папирусе сохранился эдикт Антонина Каракаллы (212 г., так называемая *Constitutio Antonina*) о предоставлении прав римского гражданства провинциалам⁴. И.А. Покровский в работе «История римского права» упоминает о том, что как будто в период правления Цезаря в Риме существовал некий сборник законов, который приписывался некоему *Papirius*⁵, что также косвенно свидетельствует о важности знания населением государства действующим в нем правилах (законах).

Для российской правовой науки в области анализа понятия правового акта было предложено два основных направления определения правовых актов: правовой акт-документ и правовой акт-действие. Р.В. Васильев формирует фактически традиционное понятие правового акта как волеизъявления управомоченного субъекта права, регулирующее общественные отношения путем установления (изменения, отмены, изменения сферы действия) конкретных правоотношений, результаты которого в виде велений, обращений, соглашений и т.п. в установленных законом случаях фиксируется в документальной форме (в акте-документе)⁶. Выделенные автором направления анализа содержания понятия акт

⁴ Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. М., 2007. С. 35.

⁵ Покровский И.А. «История римского права». Петроград, 1917. С. 34.

⁶ Васильев Р.В. О понятии правового акта // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 1998. № 5. С. 24–25.

управления актуальны и в современную эпоху, но требуют пре-ломления к современному этапу развития экономических, политических и иных социальных отношений. В 2003 г. появляется работа С.И. Семилетова «Электронный документ как продукт технологического процесса документирования информации и объект правового регулирования», в которой дается понятие электронного документа, анализируются его функции и признаки. Данное понятие обогащает форму правового акта как документа, но не изменяет содержание традиционной дефиниции правового акта. Другая группа ученых считает, что правовые акты – это действия и документы и правомерного, и противоправного характера⁷. Я.В. Гайворонская предлагает понятие «юридически значимый акт» как понятие, обладающее нейтральной терминологически-смысовой нагрузкой⁸. В 2012 г. А.В. Малько и Я.В. Гайворонская основной проблемой создания и реализации теории правовых актов в современной России считают проблему соотношения формы и содержания правового акта⁹.

На наш взгляд, развитие теории электронного правового акта должно основываться на ряде принципиальных положений, установленных юридической наукой.

Во-первых, понятие электронного правового акта должно отвечать определенным общим признакам, которые характеризуют любой правовой акт. К ним относятся следующие:

– надлежащим образом оформленное в виде документа, под которым понимается материальный носитель с зафиксированной на нем в любой форме информацией в виде текста, звукозаписи, изображения и (или) их сочетания, который имеет реквизиты, позволяющие его идентифицировать, и предназначен для передачи во времени и в пространстве в целях общественного использования и хранения (ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов»¹⁰);

⁷ Исаков Н.В., Малько А.В., Шопина О.В. Правовые акты: общетеоретический аспект исследования // Правоведение. 2002. № 3. С. 17.

⁸ Гайворонская Я.В. Проблемы теории правовых актов // Правоведение. 2008. № 4. С. 223.

⁹ Малько А.В., Гайворонская Я.В. Теория правовых актов: необходимость и пути создания // Государство и право. 2012. № 2. С. 17.

¹⁰ Российская газета от 17 января 1995 г. N 11–12

– внешнее выражение воли государства, его органов, органов местного самоуправления, отдельных лиц (юридических или физических). Под волей лиц, как отмечает С.С. Алексеев, следует рассматривать внутреннее, психическое явление, выступающее вовне, в качестве волеизъявления, способного дать известный юридический эффект¹¹;

– содержащее элементы правовой системы общества, а именно юридические нормы, правоположения практики, индивидуальные предписания, иные решения лиц;

– особый порядок или процедура разработки и принятия акта (например, правотворческий процесс);

– наличие субъекта права, имеющего полномочия или компетенцию по принятию соответствующего правового акта;

– направленность на нормативное или индивидуальное регулирование общественных отношений.

Во-вторых, необходимо четко различать электронные нормативно-правовые акты и электронные правоприменительные, а также интерпретирующие правовые акты. Первые отражают основные требования, предъявляемые современным обществом к любому нормативно правовому акту, а именно.

1. Официальный документ, обладающий юридической силой и обязательный для субъектов, которым адресован.

2. Содержит информацию о нормах права.

3. Обладает соответствующей юридической силой, зависящей от компетенции правотворческого (государственного) органа, его принявшего.

4. В совокупности составляют единую иерархическую систему, отражающую структуру государственных органов.

5. Имеют общий характер; их следует отличать от индивидуально-правовых актов (правоприменительных), содержащих индивидуальные предписания по конкретным вопросам, обращенные к конкретным адресатам, а также актов толкования права, разъясняющих действующие правовые нормы.

6. Нормативные правовые акты подразделяются на законы и подзаконные акты¹².

¹¹ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 194.

¹² Власенко Н.А. Теория государства и права: учебное пособие (2-е издание, переработанное, дополненное и исправленное). М.: Проспект, 2011.

В-третьих, правовые акты приобретают характеристику электронных именно в силу их официального опубликования с помощью информационных технологий. Электронные нормативные правовые акты (федеральные конституционные законы, федеральные законы, акты палаты Федерального Собрания) в соответствии с Федеральным законом от 14 июня 1994 г. N 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» подлежат обязательному полнотекстовому официальному опубликованию в «Парламентской газете», «Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации» или первому размещению (опубликованию) на «Официальном интернет-портале правовой информации» (www.pravo.gov.ru)¹³.

Правоприменительные акты в силу Федерального закона от 22 декабря 2008 г. N 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»¹⁴ также обязательно подлежат размещению в электронной форме. Эти положения закона обогатили форму правоприменительных правовых актов, предоставив возможность участникам правовых отношений более оперативно получать доступ к информации о деле.

В-четвертых, электронные правовые акты, прежде всего, выступают формой законодательной и исполнительно-распорядительной (управленческой деятельности) в коммуникативных отношениях информационного общества (электронный документооборот, электронное правительство и электронное управление-администрирование).

В-пятых, необходимо отметить, что вид электронного правового акта не меняется от использования информационных технологий, остается таким, каким он был принят соответствующим субъектом права. Это, общепризнанные виды правовых актов: федеральные конституционные законы, федеральные законы, подзаконные акты (Указы Президента РФ, Постановления Правительства РФ и др.).

В-шестых, содержание электронного правового акта в полном объеме и тексте соответствует бумажному носителю акта, но в

¹³ Российская газета от 15 июня 1994 г.

¹⁴ Российская газета от 26 декабря 2008 г. N 265.

то же время предоставляет большие возможности для его использования (например, гиперссылки).

Итак, форма правового акта, к которой исторически пришло человечество и законодатель (или более широко – правотворец) в виде опубликования значимых актов на бумажном носителе или в печатном виде как правовая традиция сегодня не оправдывает ожидания. Поиск нужной правовой информации среди всего потока правового материала требует от современного юриста или правоведа максимальной концентрации и аккуратности в плане отслеживания изменений, дополнений или отмены части или полностью определенных норм права. Поэтому институт-новация – электронный правовой акт, неся в себе все существенные признаки правового акта, служит целям информационного общества и электронного правительства в широком смысле слова.

*И.А. Минникес**

ТРАДИЦИОННЫЕ ПРАВОВЫЕ ПОНЯТИЯ: НЕОДНОЗНАЧНОСТЬ ПОДХОДОВ

Существует ряд теоретических понятий, которые являются общепринятыми и в российской, и в зарубежной юриспруденции. Исследователи из разных стран активно используют их в своих монографиях и научных статьях. Некоторые из этих понятий настолько устоялись, что встречаются не только в научной, но и в учебной юридической литературе.

При этом подходы российских и зарубежных исследователей к таким устоявшимся теоретическим понятиям во многом различны. Представляется весьма перспективным сравнить эти подходы. Но такая задача является глобальной и многоаспектной. В рамках настоящей статьи предпримем попытку сравнительно-правового исследования применительно лишь к такой проблеме как границы воздействия права на поведение личности.

* **Минникес И.А.** – доктор юридических наук, доцент, проректор по научной работе Сибирской академии права, экономики и управления (г. Иркутск).

В российской юридической науке под пределами правового регулирования, как правило, понимаются обусловленные определенными факторами границы властного государственного вмешательства в общественные отношения при помощи норм права¹. При этом пределы правового регулирования подразделяются на объективные и субъективные.

Зарубежные исследователи смотрят на эту проблему несколько иначе.

Представитель Франкфуртской юридической школы Ю. Хабермас различает материально организованные отношения, существующие независимо от правового регулирования, подчиненные внутреннему механизму «неформального» регулирования, и формально организованные, т.е. впервые возникшие в форме правоотношений, не существующие ранее в качестве отношений внутреннего мира.

В процессе юридизации Ю. Хабермас выделяет две формы. Во-первых, «экспансию права», т.е. распространение правового регулирования на новые, прежде неформально регулировавшиеся сферы. И, во-вторых, «денсификацию права», т.е. дробление объекта правового регулирования на несколько новых объектов, в результате чего возникают новые отношения в рамках уже существующей сферы правового регулирования².

Такой подход показывает динамику правового регулирования и подвижность пределов правового регулирования, которые не являются раз и навсегда данными и постоянно установленными. Но и в этом случае акцент делается на пределы нормативного правового регулирования, когда законодатель распространяет воздействие права на новые отношения или дифференцирует отношения, уже урегулированные правом.

Академик В. Пешка (Венгрия) различает общественные отношения, не нуждающиеся в правовом регулировании, и отношения, которые в силу своего положения, значения и роли в обществе требуют правового регулирования³. И в данном случае внима-

¹ См., например: *Фаткуллин Ф.Н.* Проблемы теории государства и права: курс лекций. Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1987. С. 151.

² *Habermas J.* Law as medium and law as institution // Dilemmas of law in welfare state. Berlin; N.Y., 1986. P. 203–220.

³ *Peschka V.* Gondolatok a jogviszoayrol. Budapest, 1982 .

ние обращается на пределы нормативного правового регулирования или, точнее, на его объективные пределы.

Во многомозвучную идею высказывает известный швейцарский ученый, представитель социологической школы права Е. Хубер. В своей работе «Реалии законодательства» он разъясняет, что одни и те же фактические отношения изменяют свой характер в зависимости от того, рассматриваются ли они с позиции регулирования интересов или констатации реалий. Реальные факты, равно как и идея права, определяют ответ на вопрос, как должны быть упорядочены фактические отношения. Наличие определенного содержания отношений, с которым повсюду и во все времена законодатель был и будет вынужден мириться, устанавливают предел возможности законодательной власти⁴. Из чего следует, что пределы правового регулирования не просто существуют, а их определение объективно необходимо. И, кроме того, определенные общественные отношения в силу своей природы не нуждаются в правовом регулировании, и право не должно к этому стремиться.

Несомненный интерес к пониманию пределов правового регулирования представляет подход одного из крупнейших западно-германских ученых-правоведов К. Энгиша. В монографии «Вопросы теории права» собраны наиболее важные работы последних лет жизни ученого. Проблеме пределов правового регулирования посвящена статья «Внеправовая сфера».

К. Энгиш полагал, что право ограничено со всех сторон и во всех измерениях. Так как право учитывает лишь внешне выраженное поведение, то здесь оно ограничено рамками реально возможного и направлено лишь в настоящее и будущее, а не в прошлое. К тому же право, по мнению автора, не действует в экстремальных ситуациях, т.е. человек в таких случаях как бы не считается с правом. Кроме того, пределы права обусловлены стремлением человека к свободе: отдельные сферы человеческого бытия изымаются из области правового регулирования в качестве «свобод». Наконец, существуют просто пробелы в праве⁵.

⁴ Huber E. Die Realien der Gesetzgebung // Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie. Berlin, 1984. S. 36–40.

⁵ Engisch K. Beiträge zur Rechtstheorie. Frankfurt a M., 1984.

В отличие от других исследователей К. Энгиш прежде всего акцентирует внимание на временных пределах правового регулирования, а затем походит к более распространенному делению пределов правового регулирования на объективные («реально возможные») и субъективные (зависящие от субъекта). Такой подход представляется наиболее перспективным, так как показывает и динамику пределов правового регулирования, и позволяет выделить их основные виды.

Таким образом, и в российской, и в зарубежной юриспруденции пределы правового регулирования являются предметом для научных исследований, но все они долгое время сводились в основном к изучению пределов нормативного правового регулирования.

Однако в последующем в юриспруденции наметилась тенденция к исследованию и пределов индивидуального правового регулирования.

Автором настоящей статьи уже предпринимались попытки исследования в этой области. Некоторые результаты этих исследований опубликованы⁶.

Обращалось внимание на эту проблему и в зарубежной юриспруденции.

Так, один из крупнейших немецких теоретиков права Х-М. Павловски в монографии «Учение о методе для юристов. Теория нормы и закона», касаясь необходимости существования позитивного права, указывает, что оно (позитивное право) имеет все-таки слишком зыбкую границу. С одной стороны, право стремится к некоторому абсолютизму, а с другой стороны имеет безусловную относительность. При этом речь идет не формальном равенстве, а о реальной сопоставимости систем поведения⁷.

То, что немецкий исследователь называет «сопоставимость систем поведения», в российской юридической науке именуется «учет конкретных особенностей ситуации и индивидуальных особенностей субъекта». Таким образом, Х-М. Павловски в своей ра-

⁶ Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. – Иркутск: Институт законодательства и правовой информации, 2008; Он же. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ): Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2009 и др.

⁷ Pawlowski H.-M. Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm u. des Gesetzes. Ein Lehrbuch. Heidelberg; Karlsruhe, 1981. S. 254–255.

боте обозначил один из возможных подходов к проблеме индивидуального правового регулирования.

Американский исследователь С. Койл в статье «Позитивизм, идеализм и верховенство права» пишет о том, что нормы выражают те идеи, которые используются при определении правил поведения, однако не всегда полностью определяют эти идеи. Позитивное право позволяет увеличить точность и ясность идей, но из-за общих формулировок оставляя пределы нормы до некоторой степени неопределенными. Поэтому нормы дополняются иными правовыми стандартами⁸ [10, р. 257–288].

Даже принимая во внимание специфику применяемой американским исследователем терминологии, можно сделать вывод, что речь идет о нормативных и дополняющих их индивидуальных регуляторах поведения, которые С. Койл называет «иными правовыми стандартами». При этом очень интересна мысль о том, что подобные дополнения вызваны общими формулировками, которые оставляют пределы нормы до некоторой степени неопределенными. Именно в процессе индивидуального правового регулирования происходит уточнение этих пределов.

Переход от нормативного правового регулирования к индивидуальному правовому регулированию происходит в рамках более масштабного процесса, который называется «индивидуализация в праве». В российской и зарубежной юриспруденции наибольшее внимание исследователей привлекает такая форма индивидуализации как конкретизация в праве.

Так, немецкая исследовательница Р. Свенсон в монографии «Конкретизация права» справедливо отмечает, что конкретизация есть объективная и необходимая сторона процесса действия права. По ее мнению, конкретизация означает такой подход к правовой норме, который предполагает принятие решения, обеспечивающего максимальную эффективность права.⁹ И с этим положением можно согласиться. Но каким путем достигается такая эффективность?

Р. Свенсон говорит о том, что ступени (фазы) конкретизации – это инструменты государственного управления и многие

⁸ Coyle S. Positivism, idealism and the rule of the law // Oxford j. of legal studies. Oxford, 2006. Vol. 26. № 2. P. 257–288.

⁹ Svensson R. Konkretisierung von Rechtsnormen. Berlin, 1982.

проявления конкретизации не могут быть подчинены ни правовым нормам, ни каким-либо индивидуальным правовым актам.

С такой позицией согласиться нельзя. Конкретизация права – это сугубо юридическое понятие. Игнорирование специально юридического инструментария в угоду политической целесообразности представляется недопустимым. Ни при каких обстоятельствах целесообразность не должна преобладать над законностью.

Своебразную точку зрения высказывает по этому вопросу венгерский Академик В. Пешка. В монографии «Проблемы правоотношений» он обосновывает позицию, согласно которой конкретизация и реализация правовой нормы в правоотношении – это не один и тот же процесс. По его мнению, конкретизация и реализация могут иногда совпадать, но чаще всего они отличаются друг от друга. Случается, что происходит только конкретизация нормы в правоотношении без ее реализации, а бывает, что правовая норма реализуется, но не конкретизируется¹⁰.

Точка зрения венгерского ученого небесспорна, но его подход также говорит в пользу выделения такого вида конкретизации, как «конкретизация в правоотношении», который выделяется далеко не всеми.

Но более широко на эту проблему позволила взглянуть работа французского исследователя Ж. Шевалье «Юридическая доктрина и юридическая наука», в которой говорится о том, что конкретизация достигается главным образом в процессе толкования права. Ж.Шевалье отмечает, что посредством толкования становятся ясными понятия, употребляемые в нормативно-правовых актах, разъясняются не совсем ясные тексты, разрешаются противоречия. Качественное толкование фиксирует содержание нормы¹¹.

Данный подход к толкованию права во многом созвучен с подходом, существующим в российской юриспруденции. Вместе с тем два аспекта в высказывании французского ученого вызывают несомненный интерес.

Во-первых, это постановка вопроса о *качественном толковании*. Качество толкования – проблема малоизученная, но несомнен-

¹⁰ Peschka V. Gondolatok a jogviszoaytol. Budapest, 1982.

¹¹ Chevallier J. Doctrine juridique et science juridique // Droit et societe. P., 2002. № 50. P. 103–119.

но актуальная и практически значимая и для интерпретационной деятельности в целом, и для процесса конкретизации в частности.

Во-вторых, это проблема *фиксации* содержания правовой нормы (именно фиксации, а не просто разъяснения). Идея, высказанная французским ученым, позволяет сделать следующий вывод – результат толкования должен быть надлежащим образом зафиксирован. В противном случае может возникнуть ситуация, при которой безупречный процесс уяснения и разъяснения смысла правовой нормы сводится на нет ненадлежащей фиксацией результата толкования.

В заключение хотелось бы отметить, что даже такой короткий обзор позволяет выявить неоднозначность подходов российских и зарубежных правоведов к казалось бы устоявшимся правовым понятиям. В настоящей статье лишь предпринята попытка подобного сравнительного исследования. Но в целом такой подход представляется интересным и практически значимым.

Н.Н. Телешина*

ДЕМОКРАТИЯ В РОССИИ: ТРАДИЦИИ И ИННОВАЦИИ

Демократический политический режим давно воспринимается большинством современных государств как традиционный. Однако, сформировавшись еще в древнем мире, демократия в настоящее время подвергается существенному реформированию под влиянием информационных и телекоммуникационных технологий.

Проблематика, связанная с особенностями функционирования политических институтов в условиях глобальной информатизации и построения информационного общества, является достаточно новой для российской науки. Только в 90-е гг. XX в. в результате быстрого распространения современных информационных технологий во всех сферах жизнедеятельности активизировалась

* Телешина Н.Н. – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственных и международно-правовых дисциплин Муромского института (филиала) Владимирского государственного университета.

лась дискуссия относительно теории демократии¹. В процессе длительных научных дискуссий был выработан ряд терминов, характеризующих новое государство и политический режим в нем, – «информационная демократия», «электронная демократия», «кибердемократия», «теледемократия», «медиакратия», «нанодемократия» и др. При таких способах организации власти именно информационный фактор превращается в ключевой механизм модернизации политических отношений и обеспечения эффективного взаимодействия между властью и обществом.

В современной науке сформировалось новое междисциплинарное направление, изучающее возможности информационно-коммуникационных технологий для повышения эффективности социального, экономического и других форм взаимодействия и ставящее целью осмысление места демократии в информационном обществе – информационная теория демократии². В прикладном аспекте целью информационной теории демократии является оптимизация демократических институтов в рамках существующих политических систем и развитие электронной демократии. Для этого используются знания и достижения информатики, кибернетики, синергетики, социологии и ряда других наук.

В 2006 г. Советом Европы был создан специальный Комитет по электронной демократии (САНДЕ) – межправительственный рабочий орган, членами которого являются представители 47 государств-членов СЕ, других международных организаций (в т.ч. ЕС, ОБСЕ или ООН) и комитетов Совета Европы.

Л. Гроссман считает, что с развитием новых информационных и коммуникационных технологий наступает третья великай

¹ См. подробнее: Васильев А.В. Демократия: теоретические аспекты и практика современной России // Право и государство: теория и практика. 2005. №12. С. 4–12; Информационное право: актуальные проблемы теории и практики: колл. монография / под общ. ред. И.Л. Бачило. М.: Издательство Юрайт, 2009, С. 384; Keskinen, A. Future democracy in the information society // Futures, Quilfield, 2000. Vol. 33, № 3/4, Р. 340; Projects: e-democracy // Government Online International Network. www.governments-online.org; Fushs, Dieter, Kaase, Max. Electronic Democracy // Materials of the XVIIIth World Congress of the International Political Science Association (IPSA). Quebec City, Quebec, Canada, August 1-6, 2000. Buser, M., Cotti L., Posse P., Finger M. Government and Democracy in the Information Age. LEM/MIR Swiss Federal Institute of Technology at Lausanne, 2003 и др.

² <http://www.netcaucus.org/books/egov2001/pdf/edemoc.pdf>

эпоха демократии³. В современных условиях информатизации существующая представительная демократия с помощью ИКТ трансформируется в модель, которая будет обладать характеристиками и элементами прямой демократии с активным участием граждан в управлении делами государства через открытые каналы (Кристас Слейтон, Тед Бенер, Бенджамин Барбер). Такая форма в иностранной литературе получила наименование «демократия участия»⁴, когда государственные органы используют виртуальное пространство для реструктуризации, повышения эффективности своей работы, открытого информационного взаимодействия с общественностью в целом и с каждым гражданином в отдельности.

Быстрое распространение и внедрение новых информационных и телекоммуникационных технологий предоставляют в распоряжение общества новые инструменты и методы, которые помогают, по словам А. Кескинена, «ускорить процесс перехода от слабой к истинной демократии»⁵, создают широкие возможности всем членам общества более эффективно управлять собственной жизнью в качестве независимых участников. Иными словами, это означает изменение современной демократической парадигмы в более открытую, которая содействует утверждению плюрализма, новых ценностей, потребностей, методов и процедур.

Среди тенденций, характерных для современного этапа развития демократии, исследователи⁶ все чаще указывают на переход к сетевому принципу построения публично-властных отношений, которому присущи два основных признака: 1) устойчивая связь в сети, т.е. стабильная способность сети поддерживать свободную коммуникацию между ее компонентами; 2) согласованность сети, обусловленная общностью интересов между целями самой сети и целями ее компонентов.

Проанализировав положения современной науки относительно трансформации институтов демократии, можно выделить два

³ Гуронок С.Г. Интернет и политический процесс // Общественные науки и современность, 2001. № 2. С. 55.

⁴ Steven L. Clift E-Government and Democracy. Representation and Citizen Engagement in the information Age/ Released February. 2004.

⁵ Keskinen A. Future democracy in the information society // Futures. Quilfield. 2000. Vol. 33. N 3/4. P. 340.

⁶ Мамут Л.С. Сетевое государство? // Государство и право. 2005. N 11. С. 5–12.

подхода к оценке влияния информационных технологий на политический процесс и политические институты. Согласно первому подходу, возникшему одновременно с появлением и широким распространением информационных технологий, их применение способствует повышению эффективности государственной деятельности, большей открытости политических процессов и формированию более широкого общественного консенсуса благодаря обратной связи между политической системой и гражданами (И.Л. Бачило, А. Швидунова, Р. Лайтен, А. Кескинен и др.). Другие исследователи, на-против, считают, что в результате распространения использования информационных технологий в публичном процессе усилия позиции исполнительной власти, возрастет роль административного аппарата и экспертов, нарушится баланс различных ветвей власти, усиливается контроль бюрократии над гражданами, в целом коренным образом изменятся отношения парламента и правительства, что грозит опасностью «информационной диктатуры» в государстве (Л.В. Журавлева, М.С. Вершинин, А.И. Соловьев, П. Кевенхерстер, К. Хилл, Дж. Хьюз, Б. Бимбер)⁷.

Под электронной демократией можно понимать такую форму организации общественно-политической деятельности граждан, которая обеспечивает за счет широкого применения информационно-коммуникационных технологий качественно новый уровень взаимодействия граждан друг с другом, с органами государственной власти, органами местного самоуправления, общественными организациями и коммерческими структурами⁸.

Обсуждаемый проект Концепции развития в Российской Федерации электронной демократии до 2020 г. выделяет следующие механизмы электронной демократии: электронное голосование (голосование по мобильному телефону, интернет-выборы и т.д.); механизмы сетевой коммуникации граждан и коллективного обсуждения социально значимых проблем и вопросов общественно-политической тематики в режиме on-line; механизмы формирования онлайн-сообществ, включая механизмы планирования и реа-

⁷ Федосеева Н.Н. Правовое реформирование институтов современной демократии в условиях информатизации // Юридический мир. 2006. № 11.

⁸ Концепция развития в Российской Федерации электронной демократии до 2020 года касается следующих механизмов электронной демократии // Единый портал электронной демократии. URL: <http://e-democratia.ru>.

лизации гражданских инициатив и проектов коллективных действий; механизмы сетевой коммуникации граждан с органами власти, включая инструменты воздействия на принятие решений и гражданский контроль за деятельностью органов власти; механизмы общественного онлайн-управления на муниципальном уровне⁹.

Анализ практики использования современных механизмов взаимодействия населения и власти показал, что основными инструментами новой формы демократии являются электронные собрания (сходы) граждан, электронное голосование, форумы и блоги.

В литературе указывается, что у традиционных социальных институтов появляются сетевые аналоги-конкуренты¹⁰: 1) сообщества, производящие и реализующие продукты и услуги (вместо корпораций); 2) потребительские сообщества взаимного информирования и совместных покупок (вместо торгово-закупочных компаний); 3) социально-сетевые политические движения, сообщества лидеров, активистов и избирателей (вместо партий); 4) интерактивные онлайн-сообщества общения журналистов и читателей (вместо СМИ); 5) сетевые сообщества взаимного кредитования (вместо банков).

Проведенный анализ показал, наиболее существенному реформированию в условиях информатизации подвергается такой демократический институт, как выборы. Хотя система электронного голосования имеет ряд неоспоримых преимуществ, на практике выявлен ряд ее существенных недостатков: высокий процент ошибок и сбоев автоматов для голосования; необходимость ручного пересчета голосов; отсутствие общегосударственных стандартов избирательных технологий и единой системы сертификации оборудования; ошибки в программном обеспечении, позволяющие, например, голосовать одному человеку более одного раза; низкая пропускная способность; отсутствие бумажного подтверждения поданного голоса и процедуры подсчета голосов; низкая степень защиты программного обеспечения и др.

Итак, современные реалии диктуют объективные изменения всех существующих форм и методов жизнедеятельности, в том

⁹ Концепции развития в Российской Федерации электронной демократии до 2020 года касается следующих механизмов электронной демократии // Единый портал электронной демократии. URL: <http://e-democratia.ru>.

¹⁰ Эйдман И. См. подробнее: <http://vremya.ru/2009/26/4/222962.html>

числе и в сфере государства права. Современная демократия, благодаря разнообразным информационным и телекоммуникационным технологиям, получает новые механизмы привлечения граждан к политическому участию. Основными инструментами такого привлечения в настоящее время выступают электронные собрания (сходы) граждан, электронное голосование, форумы, блоги и т.п. Пока указанные инструменты не оказывают существенного влияния на политические процессы, однако их сущностные особенности и тенденции современного развития, по нашему мнению, позволяют им стать действенным механизмом эффективного взаимодействия государства и гражданина.

Также следует отметить, что сами по себе классические институты демократии вполне жизнеспособны. Более того, они не только могут модернизироваться на базе механизмов цифровых и сетевых политических коммуникаций, но и составить взаимовыгодный симбиоз между классическими демократическими институтами и электронными системами коммуникации.

*Ахметжанова К.В.**

ПРЕЕМСТВЕННОСТЬ В ПОДХОДАХ К ЮРИДИЧЕСКИМ КОЛЛИЗИЯМ В РОССИЙСКОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Термин «коллизия» берет свое начало от латинского «collisio», что означает столкновение противоположных сил, стремлений, взглядов, интересов. С.С. Алексеев отмечал, что «между отдельными нормативными актами могут возникать противоречия, “столкновения”. Такие противоречия и называются коллизиями»¹.

Целесообразно рассмотреть научные подходы к пониманию юридических коллизий в российском праве, в котором начиная с 90-х гг. отчетливо проявляется интерес к этой проблематике. Пристальное внимание к проблеме коллизий в праве со стороны

* Ахметжанова К.В. – аспирант кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Российского университета дружбы народов.

¹ Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 137.

российских правоведов, особенно представителей теоретико-правовой науки, был обусловлен изменениями в системе источников права, созданием новых больших массивов правового регулирования в отраслях права, отражающих радикальные изменения в обществе.

Н.И. Матузов под юридическими коллизиями понимает расхождения или противоречия между отдельными нормативно-правовыми актами, регулирующие одни и те же либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий². Речь идет о выявляющихся в ходе применения права противоречиях между нормативными правовыми актами, о нормативном закреплении общественных отношений, а не о них самих.

И.Н. Сенякин определяет коллизию в праве как «противоречие между двумя или несколькими юридическими нормами (или выражаящими их законами и другими нормативными актами) в процессе правоприменительной деятельности. При коллизии налицо несоответствие между правовыми предписаниями не только по их содержанию, но и по форме выражения. Встречаясь с коллизией юридических норм, мы сталкиваемся с одним из видов противоречий в праве»³. Данное определение трактует коллизии как противоречие между нормами, а значит, текстуально зафиксированными правилами поведения.

А.Ю. Буяков говорит о том, что коллизия в праве – «это обусловленное объективными и субъективными факторами общественного развития формальное противоречие между нормами права и актами толкования, направленными на регулирование одних и тех же общественных отношений и порождающее трудности в процессе правореализации»⁴.

Автор данного определения хоть и пытается объяснить причины возникновения коллизий в праве объективными и субъективными факторами развития общества, тем не менее, под колли-

² См.: *Матузов Н.И.* Коллизии в праве: Причины, виды и способы разрешения // Правоведение. 2000. № 5. С. 225.

³ Сенякин И.Н. Специальные нормы советского права. Саратов, 1987. С. 64.

⁴ Буяков А.Ю. Юридические коллизии и способы их устранения: Автореф. дисс. к.ю.н. ...Саратов, 1999. С.11.

зиями он понимает формальные противоречия между нормами права и актами толкования.

М.А. Занина отстаивает идею о том, что коллизии в праве можно объяснить следующим образом: они обусловлены регулированием одного и того же круга общественных отношений, в рамках которых реализуются права и обязанности субъектов; права характеризуются отсутствием точного, последовательного нормативного установления; имеют текстуальное выражение, фиксируются на бумажном носителе в виде письменных знаков; выступают результатом правотворческой деятельности федеральных и региональных органов законодательной или исполнительной власти, органов местного самоуправления и других компетентных субъектов; являются следствием нарушения требований, гарантирующих законность нормативных правовых актов; устраняются правовыми средствами, реализуемыми в процессуальном порядке; препятствуют достижению целей и реализации прав и свобод граждан и охраняемых законом интересов личности и ухудшают их правовое положение⁵.

Автор дает весьма емкое определение, объясняющее что же такое коллизии в праве, каковы их причины, пути преодоления, видя в них препятствие реализации прав, свобод и интересов личности.

Р.Ф. Ярмухамедов под коллизией в праве понимает «обладающее признаком автономности, нормативное столкновение двух или более правовых предписаний, имеющее свой объем (характеристику), выражющееся в форме различия или противоречия, требующее применения комплекса мер по ее разрешению»⁶. В русле юридического позитивизма речь идет о коллизирующих нормативных предписаниях. В то же время стоит обратить внимание на предлагаемый автором комплексный подход к разрешению коллизий.

Отдельно стоит рассмотреть предлагаемую авторами классификацию коллизий, их виды.

Так, Н.А. Власенко классифицирует коллизии в праве по следующим признакам: с точки зрения юридической силы конфликтующих норм; в зависимости от объема регулирования коллизи-

⁵ См.: Занина М.А. Коллизии норм права равной юридической силы: Понятие, причины, виды: Автореф. дисс. к.ю.н. М., 2008. С.7–8.

⁶ Ярмухамедов Р.Ф. Коллизии правоприменительной деятельности (теоретико-исторический аспект): Автореф. дисс. к.ю.н., Краснодар, 2007. С.13.

рующих правовых предписаний; с позиции системы права и системы законодательства; с учетом степени столкновения⁷.

В.В. Ершов отмечает, что «в зависимости от свойств, особенностей, юридической силы, можно выделить иерархические, темпоральные, территориальные и содержательные виды коллизий». Эта классификация является одной из наиболее распространенных в юридической литературе⁸.

Р.Ф. Ярмухамедов фактически воспроизводит классификацию В.В. Ершова, подразделяя коллизии права на темпоральные, пространственные, иерархические и содержательные⁹.

Вместе с тем предлагаемые авторами виды юридических коллизий можно отнести к позитивистскому типу понимания права, поскольку в качестве критерии предлагается юридическая сила нормы права или нормативного правового акта, его место в системе источников права.

Н.И. Матузов предлагает разделить коллизии на шесть родовых групп: 1) коллизии между нормативными актами или отдельными правовыми нормами; 2) коллизии в правотворчестве (бессистемность, дублирование, издание взаимоисключающих актов); 3) коллизии в правоприменении (разнобой в практике реализации одних и тех же предписаний, несогласованность управленческих действий); 4) коллизии полномочий и статусов государственных органов, должностных лиц, других властных структур и образований; 5) коллизии целей (когда в нормативных актах разных уровней или разных органов закладываются противоречащие друг другу, а иногда и взаимоисключающие целевые установки); 6) коллизии между национальным и международным правом.

Автор также предлагает разделить коллизии по иерархическому принципу: коллизии между Конституцией РФ и всеми иными актами, в том числе законами; коллизии между законами и подзаконными актами; коллизии между общефедеральными актами и актами субъектов Федерации, в том числе между конституциями; коллизии между Конституцией РФ и федеративным договором, а также двусторонними договорами между федеральным Центром и отдель-

⁷ См.: Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984.
С. 27.

⁸ Ершов В.В. Коллизии трудовых норм // Советская юстиция. 1993. № 3. С. 19.

⁹ Ярмухамедов Р.Ф. Указ соч. С.13.

ными территориями, расхождения между договорами самих субъектов; коллизии между национальным и международным правом¹⁰.

Данный вид классификации основан на системе источников права, юридической силе нормативных правовых актов.

М.А. Занина дает следующую классификацию: исходя из отраслевого деления системы права, выделяются коллизии актов одной отрасли законодательства и актов разных отраслей законодательства; в зависимости от степени обобщенности актов, содержащих коллимирующие нормы, существуют коллизии между кодифицированными актами, а также кодифицированными и некодифицированными актами; по характеру отношений, регулируемых противоречащими нормами, выделяются коллизии актов материального и процессуального законодательства; в зависимости от наличия умысла нормотворческого органа коллизии норм права делятся на умышленные и неумышленные; по степени очевидности обнаружения коллизии норм права могут классифицироваться на открытые (явные) и мнимые¹¹. Вышеуказанная классификация также отражает типично позитивистский подход к пониманию проблемы правовых коллизий.

Расширенную классификацию коллизий правовых норм дает А.Ю. Буяков, разделяя их следующим образом: 1) какого рода факторы оказали решающее значение на их появление: объективные или субъективные; 2) имеют ли коллизирующие нормы одинаковую или разную юридическую силу; 3) если коллизирующие нормы имеют одинаковую юридическую силу, то они делятся: на коллизии между нормами, содержащимися в одной статье нормативного правового акта; коллизии между нормами, содержащимися в разных статьях одного нормативного правового акта; коллизии между нормами, содержащимися в статьях различных нормативных правовых актов; 4) в зависимости от того, какие элементы правовых норм не согласуются друг с другом, юридические коллизии делятся на три группы: коллизии между гипотезами правовых норм; коллизии между диспозициями правовых норм; коллизии между санкциями правовых норм; 5) особый вид юридических коллизий – коллизии статусов (компетенции) государственных ор-

¹⁰ См.: Матузов Н.И. Указ. соч. С.231–232.

¹¹ Занина М.А. Указ. соч. М., 2008. С. 13–14.

ганов и должностных ли; 6) коллизии между нормативными правовыми актами и актами толкования¹².

Данная классификация является самой обширной и наиболее подробной, она выдержана в рамках позитивистского понимания коллизий в праве, поскольку речь идет о коллизиях нормативных правовых актов или норм, содержащихся в них.

Как видно из вышеуказанных примеров, авторы предлагают различные варианты определения понятия «коллизия в праве», однако все они сходятся на том, что коллизии представляют собой противоречие нормативных актов, норм, то есть определенных правил поведения, которые текстуально зафиксированы и санкционированы государством.

Таким образом, в приведенных выше работах авторов проблема юридических коллизий рассматривается в традиции юридического позитивизма. Помочь преодолеть коллизии прежде всего могут приемы юридической техники, совершенствование законотворчества и иного нормотворчества.

Ю.А. Тихомиров под коллизией в праве понимает «противоречие между правовыми нормами, актами и институтами и притязаниями, действиями по их изменению, нарушению, отторжению». Он выделяет следующие признаки, присущие юридическим коллизиям: законная процедура рассмотрения коллизий; использование и оценка доказательств в юридическом споре; наличие органа, уполномоченного разрешать коллизии; признание обязательной силы решений по данному спору, как в силу достигнутого согласия, договоренности, примирения сторон, так и императивных предписаниях соответствующего органа; компенсация, то есть применение санкций и возмещение ущерба и упущенной выгоды, восстановление прежнего юридического состояния одного или всех субъектов¹³. Автор предлагает следующую классификацию коллизий в праве: коллизии правопонимания; коллизии в национальной правовой системе; коллизии компетенции¹⁴.

Ю.А. Тихомиров говорит о том, что под коллизией следует понимать не только нормы или нормативные акты, но и притяза-

¹² См.: Буяков А.Ю. Указ. соч. С. 12–13.

¹³ Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия, власть и правопорядок // Государство и право. 1994. № 1. С. 3–4.

¹⁴ Там же. С. 4–8.

ния, то есть реальные общественные отношения, которые и являются истинным источником правовых коллизий.

Т.А. Щелокаева делит коллизии в праве на позитивные и негативные – в зависимости от причин возникновения и роли в правовой системе. Позитивная коллизия – это столкновение норм права, которые регулируют один вид общественных отношений в результате объективных потребностей людей, а негативная – это столкновение норм права, одна из которых появляется в правовой системе в результате ошибки правотворческого субъекта¹⁵.

Автор выделяет вид коллизий, источником которых являются не формальные причины, а реальные общественные отношения.

И.А. Стародубцева предлагает разделить коллизии на следующие виды: материальные, правотворческие и личностно-правовые коллизии. Материальные коллизии представляют собой несоответствия между нормами права и опосредуемыми ими общественными отношениями. Правотворческие коллизии – это несоответствия между нормами конституционного права и реализацией правил юридической техники как совокупности средств и приемов подготовки и принятия правовых актов. Личностно-правовые коллизии представляют собой несогласованности норм конституционного права, с одной стороны, и правосознания депутатов, должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления – с другой¹⁶.

Здесь также следует отметить, что автор попыталаась выйти за рамки позитивистского правопонимания, размышляя о значении и видах правовых коллизий. И.А. Стародубцева выделяет такой вид коллизий, как материальные, то есть такие коллизии, источником противоречий которых являются общественные отношения. Это хоть и скромный, но верный шаг в русле сциологического подхода, то есть когда в понятие права включают не только правовые нормы и нормативные правовые акты, а также реальные общественные отношения.

¹⁵ Щелокаева Т.А. Юридические коллизии и коллизионные нормы: понятие, виды // Правоведение, 2003. № 6. С. 149.

¹⁶ Стародубцева И.А. Влияние коллизий в сфере регулирования органов государственной власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления на правовую систему России // Государственная власть и местное самоуправление, 2010. № 11. С. 17–18.

Как известно, любые процессы в обществе имеют отражение и в различных сферах общественной жизни: социальной, экономической, духовной, в том числе и правовой. Юридические коллизии являются отражением противоречий, возникающих в общественных отношениях, право же текстуально отражает форму этих отношений в письменном виде в виде определенных норм, правил. Истоки и причины возникновения коллизий в праве нужно искать не просто в ошибках юридической техники, но и процессах, происходящих в общественной жизни самых разных сфер. Поэтому следует задуматься о том, что, возможно, коллизии в праве надо рассматривать не только в рамках позитивистского подхода, но шире, привлекая знания и опыт школы естественного права, социологического направления. Вероятно, это поможет глубже и шире изучить природу такого явления, как коллизия в праве, а значит, и дать больше ответов на вопросы о причинах наличия столь большого количества юридических коллизий в нормативно-правовых актах в современном праве.

Так, А.Ф. Черданцев отмечал, что «система права реализует свое функциональное предназначение лишь в том случае, если она «непротиворечива»¹⁷. Здесь прослеживается важная идея, что в нормально функционирующей, слаженной системе права противоречий быть не должно. Например, стабилизирующими фактором для системы права являются общие принципы права, которые задают общий вектор правового развития общества. Одним из основополагающих таких принципов является приоритет прав и свобод человека, он должен быть при решении любых вопросов и противоречий правового характера¹⁸. Чтобы преодолевать коллизии в праве, нужно научиться руководствоваться основными принципами права, в первую очередь, принципом приоритета прав и свобод человека.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что в российской правовой науке взгляд на юридические коллизии хоть и остается в большей степени ориентированным на позитивистское правопонимание, традицию юридического позитивизма, все же на-

¹⁷ Черданцев А.Ф. Логическая характеристика права как системы // Право-ведение. 1983. № 3. С. 20.

¹⁸ См: Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. Саратов, 2008. С. 148.

блюдается поворот от этого направления в сторону социологического и естественно-правового понимания, что во многом представляется правильным. Невозможно искоренить какое-либо явление, не сумев увидеть истинные причины его возникновения. В данном случае речь идет о том, что проблему коллизий в праве невозможно рассматривать в отрыве от общественных отношений, поскольку именно общественные отношения порождают те проблемы, которые затем отражаются в нормативном правовом материале в виде юридических коллизий.

*О.Ю. Родионова**

РОССИЙСКАЯ ТРАДИЦИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ И ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОЕ ПАРТНЕРСТВО

Поиск эффективных моделей правового регулирования отношений в сфере экономики заставляет обратиться к истории вопроса в России, рассмотреть его сквозь призму правовой традиции. Участие государства в регулировании экономических отношений, создании крупных предприятий было характерно для России как в дореволюционный, так и в советский периоды.

Так, в исследованиях, посвященных анализу существования и взаимодействия в российской экономике государства и частного сектора, выделяются следующие признаки: «Первое, Россия в своем государственно-политическом развитии принадлежит скорее к восточной (то, что К. Маркс называл азиатским способом производства), чем к западной традиции. Особенностью восточного государства является то, что в нем не произошло полное разделение принципов власти и собственности, в результате чего до сих пор бывает трудно провести разделительную линию между бизне-

* Родионова О.Ю. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» – Санкт-Петербург.

сом и властью, во всех смыслах. Другая особенность России, осложняющая решение поставленной задачи, состоит в том, что исторически почти все крупные предприятия страны – начиная с петровских мануфактур и заканчивая советскими гигантами – были созданы при прямом участии государства»¹.

Получившие свое развитие в России в XVIII в. экономические отношения привели к тому, что «казна, как субъект права, воспринимается теперь в общем ряду с другими частными лицами... Несмотря на это, казна не может быть воспринята как равноправный с другими субъект, ее экспансионистские устремления существенно стесняли их правомочия»². Так, учрежденная в период правления Петра I Берг-коллегия управляла горнорудной и металлургической промышленностью, занималась строительством казенных предприятий и одновременно осуществляла надзор за частными предприятиями, обеспечивала заводы рабочей силой, осуществляла контроль за разработкой полезных ископаемых на всех землях, без различия их принадлежности собственнику. Мануфактур-коллегия руководила строительством казенных мануфактур, следила за их работой, давала разрешения на открытие предприятий, осуществляла контроль за их деятельностью, следила за выполнением правительственные заказов, поощряла частных предпринимателей, в необходимых случаях могла применять секвестр и конфискацию.

В советский период в нашей стране господствовали публичные начала в правовом регулировании. Достаточно вспомнить установку В.И. Ленина, данную при разработке Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. народному комиссару юстиции Д.И. Курскому относительно того, что «мы ничего “частного” не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»³. Как отмечает Е.А. Суханов, содержание договорных правоотношений в советский период определялось не интересами и волей их участников – хозяйствующих субъектов, «а предписаниями плановых органов государства, решавших, кто, с кем и на каких

¹ Бизнес и власть в России: теория и практика взаимодействия. М.: ВШЭ, 2011. С. 8.

² Развитие русского права второй половины XVII–XVIII вв. М.: Наука, 1992. С. 143–144.

³ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.

условиях будет заключать конкретный “договор”»⁴. В качестве особенности российского государственно-политического строя Е.А. Суханов указывает отсутствие частноправовых традиций⁵.

Таким образом, очевидно господство публично-правовых традиций в регулировании отношений в сфере экономики в России.

Правовая регламентация и внедрение в общественное сознание в постсоветский период частно-правовых начал, увлеченность отечественного правоведения частно-правовыми принципами регулирования не поменяли радикальным образом ситуацию в обществе. Сюда еще наслалась специфика российской приватизации, результаты которой не приняты и не восприняты обществом, отсутствие открытости и прозрачности в регулировании экономики, коррумпированность российского госаппарата, сырьевой характер экономики, отсутствие политической системы, адекватно отражающей экономические отношения в обществе. Как отмечается, исторически сложившееся в нашей стране положение вещей в регулировании отношений в сфере экономики приводит к тому, что и «сегодня бывает практически невозможно отделить бизнес, особенно крупный, от государства»⁶.

С одной стороны, задача комплексной модернизации российской экономики не может быть решена усилиями одного лишь частного сектора, с другой – превалирования деятельности государства в регулировании отношений в сфере экономики также будет недостаточно. Руководители государства обременены каждодневными вопросами оперативного «ручного управления» огромной страной. Очевидно, что в оптимальном варианте должна веситься речь о широком и равноправном партнерстве власти и частного сектора во имя реализации общественно важных проектов с привлечением отечественного и зарубежного бизнеса.

Не только в России, но и во всех постсоветских странах в силу природы формирующихся политических систем бизнес мо-

⁴ О проблемах становления и развития российского частного права // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. К 80-летию С.С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 32.

⁵ Там же. С. 37.

⁶ Бизнес и власть в России: теория и практика взаимодействия. М.:ВШЭ, 2011. С. 8.

ожет оказаться «сильнее» государства в каких-то конкретных ситуациях, во взаимодействии с конкретными ведомствами, однако в стратегической перспективе государство значительно сильнее бизнеса. Подобная ситуация связана с проблемами неправовой природы государственной власти, не ограниченной законами, расхождения законодательных норм и реально складывающихся практик.

Как отмечает академик Т.И. Заславская, «глубокие сдвиги, происходящие в базовых институтах, регулирующих отношения власти, собственности, прав и свобод человека, часто ведут не к формированию правового государства и правового общества, а в прямо противоположную сторону... В конечном счете такие практики становятся частью новых общественных институтов, обусловливая их «мутацию» и перерождение по сравнению с западными образцами»⁷. Баланс власти в рамках этой модели может быть смещен и в пользу государства, и в пользу бизнеса. Стало очевидным, что без активной государственной политики осуществить модернизацию и решить задачи выхода из неэффективного равновесия невозможно. Сегодня в России активная государственная политика в сфере экономики востребована не только в силу традиции, но и вследствие ее дефицита по сравнению с другими индустрально развитыми странами.

В сложившихся экономических и политических условиях развития России государственно-частное партнерство (далее – ГЧП) может стать выходом из сложившейся непростой ситуации, а также важнейшей формой реализации крупных инвестиционных (инфраструктурных, модернизационных и имиджевых) проектов в России. ГЧП является одним из наиболее действенных инструментов повышения эффективности государственных инвестиций за счет привлечения части капитала, технологий и управленческого опыта из сферы бизнеса.

Интерес к ГЧП в отечественной науке возрос в последние несколько лет, причем первыми к изучению этого феномена в современных условиях обратились экономисты. Юристы существенно

⁷ Заславская Т.И. О социальных факторах расхождения формально-правовых норм и реальных практик // Куда идет Россия? Формальные институты и реальные практики. М., 2002. С. 14–15.

отстают от коллег-экономистов в изучении данной проблематики, различных ее аспектов, выработке адекватных моделей регулирования.

Вместе с тем новые правовые формы на деле часто оказываются хорошо забытыми старыми. Так, государственно-частное партнерство в его различных формах и проявлениях – явление отнюдь не новое. Как отмечает В.Е. Сазонов, «в действительности сотрудничество между публичными и частными секторами для создания, обеспечения и управления инфраструктурой, особенно транспортной, имеет давние традиции во многих странах мира. История проектов государственно-частного партнерства в Бразилии, Испании, Италии, Мексике, США, Франции, ряде других стран насчитывает несколько столетий»⁸.

На сегодняшний день с большей или меньшей степенью эффективности проекты государственно-частного партнерства реализуются практически во всех странах мира.

Термин «государственно-частное партнерство» является переводом английского термина «public-private partnership» (PPP), применяемого в зарубежной практике правового регулирования экономических отношений в обществе с одновременным участием государства и частного сектора. Причем перевод этот нельзя считать удачным, в нем нашла отражение отечественная традиция отождествления публичного с государственным. Представляется, что дословный перевод этого термина как «публично-частное партнерство» более правильно отразил бы суть складывающихся форм взаимодействия публичных и частных институтов. Так, поскольку в сферу государственного в соответствии с Конституцией РФ не входит местное самоуправление, активно участвующее в развитии такого рода форм взаимодействия, получается, что его место не определено в рамках государственно-частного партнерства. Также не ясно, на какой стороне – частных или публичных институтов ГЧП – следует выступать общественным объединением.

Считается, что первым примером взаимодействия власти и бизнеса по модели ГЧП является сооружение во Франции водного канала по концессионному соглашению еще в 1552 г.

⁸ Сазонов В.Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. М., 2012. С. 12.

В России в XIX в. получила распространение такая форма ГЧП, как концессия. В 1836 г. на основе концессионного соглашения было начато строительство железнодорожной ветки из Петербурга в Царское Село. Государством были бесплатно выделены земельные участки под строительство железной дороги и предоставлены соответствующие гарантии⁹. Полоса отчуждения Китайской восточной железной дороги в 1896 г. перешла под контроль России в результате заключения договора концессии между правительством Богдыхана и Русско-Китайским банком. Договор концессии предоставлял концессионеру (частному лицу) право управления этими землями. Авторы обращают внимание на уникальность случая, когда право управления землями, формально России не принадлежавшими, было передано частному лицу¹⁰. Управление Аляской осуществляла Российско-американская компания¹¹.

Анализ правового содержания ГЧП, его теоретических концепций, организационных моделей представляет актуальную задачу для различных отраслей российского права.

В настоящее время существует два первичных подхода к пониманию ГЧП. Под ГЧП в широком смысле «подразумевается любое официальное конструктивное взаимодействие и бизнеса не только в экономике, но и в политике, науке культуре»¹². Под ГЧП в узком смысле понимается взаимодействие власти и бизнеса в процессе реализации общественно значимых проектов, когда: 1) сторонами ГЧП являются государство и частный бизнес; 2) сотрудничество сторон в ГЧП имеет юридическую основу; 3) взаимодействие бизнеса и власти имеет партнерский характер, основанный на учете интересов обеих сторон; 4) ГЧП применяется

⁹ Сазонов В.Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. М., 2012. С. 12.

¹⁰ См.: Казанцев В.П., Салогуб Я.Л. Некоторые аспекты применения сравнительно-правового метода для исследования системы управления Русской Маньчжурией (Квантунская область и полоса отчуждения Китайской восточной железной дороги) // Методология сравнительно-правовых исследований. Жидковские чтения: материалы Всероссийской научной конференции, Москва, 30 марта 2012 г. / Под ред. Г.И. Муромцева, М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2013. С. 266.

¹¹ См.: Там же.

¹² Спирidonов А.А. Государственно-частное партнерство: понятие и перспективы совершенствования законодательного регулирования // http://lobbing.ru/content/sections/articleid_6397_.html. Дата обращения 07.01.2014. Стр. 2.

при реализации проектов, имеющих существенную общественно-государственную значимость; 5) в процессе реализации проектов на основе ГЧП объединяются усилия сторон; 6) финансовые риски и затраты, а также достигнутые в ходе реализации ГЧП-проекта результаты распределяются между сторонами согласно юридически оформленным взаимным договоренностям¹³.

На основании обозначенных 6-ти признаков ГЧП А.А. Спиридовон предлагает следующее определение: «ГЧП – это юридически оформленные отношения органов власти и субъектов предпринимательства в отношении объектов, находящихся в юрисдикции государства, основанные на обязательном разделении рисков, учете интересов и координации усилий сторон, осуществляемые в целях наиболее эффективной реализации проектов, имеющих важное общественно-государственное значение»¹⁴. Основной недостаток данного определения видится в том, что из него «выпадает» местное самоуправление, на уровне которого присутствуют объекты партнерских отношений и органы которого становятся субъектами такого рода отношений. Неясна также роль общественных объединений в реализации ГЧП. В то же время можно согласиться с предложенными автором и приведенными выше шестью признаками государственно-частного партнерства.

Достаточно емкое понятие ГЧП предлагает В.Е Сазонов: «При самом первом приближении, государственно-частное партнерство – это общее понятие, обозначающее совокупность механизмов привлечения ресурсов, финансовых и организационных возможностей и усилий частного сектора органами публичной власти в публичных интересах»¹⁵. Правильным представляется применяемый автором подход через реализацию публичных интересов и деятельность органов публичной власти.

До настоящего времени в России на федеральном уровне нет общепринятого легального определения ГЧП, хотя сам термин применяется в различных нормативных правовых актах и иных

¹³ Спиридовон А.А. Государственно-частное партнерство: понятие и перспективы совершенствования законодательного регулирования // http://lobbing.ru/content/sections/articleid_6397_.html. Дата обращения 07.01.2014. Стр. 2.

¹⁴ Там же.

¹⁵ Сазонов В.Е. Указ. соч. С. 13.

официальных документах¹⁶. Значительно дальше в данном вопросе продвинулось региональное законодательство. На сегодняшний день в большинстве субъектов Российской Федерации принятые законы о ГЧП, которые закрепляют понятие ГЧП и его формы, организационные модели. По сути, реализация проектов ГЧП в современной России была начата не «сверху», на федеральном уровне, а «снизу», на региональном и муниципальном уровнях, что служит еще одним подтверждением востребованности такого рода проектов российским обществом.

ГЧП-проекты направлены на реализацию публичных интересов, достижение общественно значимых целей. В процессе реализации проектов на основе ГЧП объединяются усилия двух (или нескольких) сторон, выступающих как от лица государства или местного самоуправления, так и от лица частного сектора. Общественные объединения, участвующие в реализации ГЧП-проектов, представляют публичные интересы. Важным моментом является объективное и взвешенное распределение юридическими средствами между всеми этими сторонами затрат и рисков, достигнутых результатов.

В отличие от большинства зарубежных государств в России в силу прерванности ее поступательного развития, о чем шла речь выше, ГЧП находится в стадии становления, формирования соответствующих механизмов его правового регулирования. При исторически сложившейся традиции участия российского государства в экономических отношениях ГЧП на сегодняшний день является наиболее приемлемым вариантом регулирования этих отношений публичных и частных институтов в обществе.

¹⁶ См., к примеру, Бюджетный кодекс РФ, Стратегию долгосрочного развития Дальнего Востока и Байкальского региона до 2025 г.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	3
-------------------	---

РАЗДЕЛ I

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ТРАДИЦИЙ В ПРАВЕ

Муромцев Г.И. Традиции в праве: историко-теоретический аспект	5
Немытина М.В. Традиции в правовых культурах, правовых системах .	18
Графский В.Г. О двойственности правовой традиции.....	26
Малахов В.П. Правовые традиции в нетрадиционном обществе: проблема совместимости.....	32
Честнов И.Л. Правовая традиция в контексте постклассической методологии	39
Чиркин В.Е. Некоторые вопросы формационно- цивилизационного подхода в сравнительном правоведении	46
Экимов А.И. Традиции в праве и правовые аксиомы	54
Соколова А.А. Традиции социологии права в научных исследованиях: к постановке проблемы	60
Мещерякова О.М. Глобализация и национально- культурная идентичность	67
Вовк Д.А. Правовая традиция, правовая культура, правовая система: подходы к соотношению категорий	71
Михайлов А.М. Правовая традиция и правовая идеология	78
Иванников И.А. Правовые традиции и правовое сознание.....	85

Андианов Н.В. Традиции как основание и условие инноваций в праве	92
Павлов В.И. Государственно-правовая традиция и ее взаимодействие с духовной традицией в контексте становления цивилизационно-культурного организма	99
Варламова Н.В. Западная правовая традиция в условиях глобализации: внутренние и внешние вызовы.....	103
Павлова Н.Г. Правовые традиции в сравнительном правоведении.....	111
Сидорова Е.В. Правовые традиции как форма отражения ценностного содержания права	118
Подмарев А.А. Категория «традиция» в законодательстве и иных официальных документах Российской Федерации.....	123
Уварова Е.А. Вопрос формирования принципов и норм права в правовой традиции.....	130
Спирин М.Ю. Тип восприятия источника права как важный фактор выделения правовых традиций и групп правовых систем в теоретической и сравнительной юриспруденции....	137
Денисенко В.В. Правовые традиции и легитимность закона.....	143

РАЗДЕЛ II

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В РОССИИ

Медушевская Н.Ф. Традиционализм российской правовой культуры и западные инновации	150
Дорская А.А. Традиции в правовой культуре российского общества ..	157
Пашенцев Д.А. Особенности формирования российской правовой традиции.....	163
Туманова А.С. Владимир Гессен и формирование либеральной традиции в российской юриспруденции начала XX в.	169
Супатаев М.А. Проблемы легитимации российского права в контексте механизма культурной динамики.....	176
Сокольская Л.В. Возрождение евразийских традиций в правовой культуре российского общества.....	182

Юртаева Е.А. О правовой регуляции и законодательством творчестве.....	189
Корнев А.В. Российская традиция судебного правотворчества	196
Носов С.И. Правовой нигилизм и его влияние на правовое развитие России	203
Трофимов В.В. Традиция участия российского общества в процессах формирования актуального права	211
Лаптева Л.Е. Традиции российской бюрократии	220
Метушевская Т.И. Правовая традиция как гарант преемственности и стабильности в развитии российского государства.....	228
Сигалов К.Е. Сакрализация власти как имманентная черта российской политико-правовой традиции.....	235
Шайрян Г.П. Российская правовая традиция наследования престола	239
Михеева Ц.Ц. Организация местного управления России в первой четверти XVIII в.	246
Ефремова Н.Н. Местная юстиция в правовых традициях имперской России	254
Ворошилова С.В. Женщины в крестьянском суде: правовые обычаи русской деревни.....	260
Попадейкин В.В. Правовые традиции русской интеллигенции в условиях либерально-демократических реформ в России	267
Камкия Б.А. Формирование традиции ограничения власти в России..	272
Ерыгина В.И. Традиции исследования политических партий в отечественной политико-правовой мысли.....	280
Иванова Н.Ю. Правовые традиции и ограничительные законы о евреях в Российской империи XIX в.	287
Чеджемов С.Р. Ф.И. Леонтович об азатах кавказских горцев.....	293
Гайлите Д.Я. Журнал «Закон и суд» – продолжатель российских правовых традиций в эмиграции.....	300
Шаляпин С.О. Покаянная традиция в Российской пенитенциарной доктрине и практике XV–XVIII вв.	307
Епифанов А.Е., Давудов Д.А. Правовые взгляды М.Н. Каткова и традиции отечественного права.....	313

РАЗДЕЛ III

ТРАДИЦИИ В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Крашенинникова Н.А. Роль закона и традиции в современной правовой системе Индии	319
Трикоз Е.Н. Особенности кодификации права в средневековой Японии	327
Почекаев Р.Ю. Чингис-Хан как создатель права в тюркско-монгольской правовой традиции	334
Лукьянин Д.В. Конфликт правовых традиций в Европе.....	340
Соловьева В.В. Влияние конституции Филиппа Орлика на правовые традиции Украины	346
Полдников Д.Ю. Элементы правовой традиции <i>ius commune</i> в теориях естественного права Нового времени (на примере двух принципов договорного права).....	354
Шевченко А.Е., Озель В.И. Условия законности брака и основания признания брака недействительным в соответствии с нормами церковного права в X – нач. XX в. (на примере Украины) ..	362
Сафонов В.Н. К вопросу о правовой традиции в США	368
Петрова Е.А. Влияние правовых традиций на систему источников права (на примере правовой системы США)	378
Графшонкина А.А. Истоки шотландских правовых традиций.....	384
Чечелев С.В. Доктрина нуллификации в правовой системе США: традиции и современность	389
Соломонова С.А. Преемственность правовых традиций швейцарского законодателя (на примере федеральных конституций) ..	396
Аубакирова И.У. Понятие и пределы государственного управления:теоретико-правовой подход.....	403
Русакова Е.П. Процедура медиации в Японской Коммерческой Арбитражной Ассоциации	411
Сердюк Е.А. Влияние классического исламского права на правовые системы современных исламских государств	416

РАЗДЕЛ IV
ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ
И СОВРЕМЕННЫЙ ПРАВОПОРЯДОК

Осипова С.А. Наводнение норм – фактор, влияющий на качество правовых норм	424
Васильева Т.А. Правовое регулирование гражданства в европейских странах: новые подходы и правовая традиция.....	433
Суменков С.Ю. Исключения из правил как традиция российского права.....	439
Антонов М.В. Прецедентное право в России – миф или реальность....	446
Нехайчик В.К. Административно-правовые традиции: преемственность и развитие.....	453
Бочкирев С.В. Конституционализм как правовая традиция.....	460
Дулам Сугар. Правовые механизмы защиты собственности: традиции и инновации	464
Андросов И.В. Установление объективной истины в традиции правоприменительной деятельности	470
Чечельницкий И.В. Традиции справедливости в праве	476
Лукьянова Е.Г. Глобализация и права человека: об очередной попытке их отрицания	484
Белов В.А. Правовые традиции в глобализующемся мире	490
Штыкова Н.Н. Форма правового акта: традиции и новации	499
Минникес И.А. Традиционные правовые понятия: неоднозначность подходов.....	505
Телешина Н.Н. Демократия в России: традиции и инновации	511
Ахметжанова К.В. Преемственность в подходах к юридическим коллизиям в российском правоведении	516
Родионова О.Ю. Российская традиция правового регулирования отношений в сфере экономики и государственно-частное партнерство.....	524

MAINTENANCE

Preface.....	3
---------------------	----------

SECTION I

METHODOLOGICAL PROBLEMS OF RESEARCH OF TRADITIONS IN LAW

Muromtsev G.I. Traditions In Law: Historical And Theoretical Aspects	5
Nemytina M.V. Traditions In Legal Cultures, Legal Systems	18
Grafskiy V.G. About The Duality Of Legal Tradition.....	26
Malakhov V.P. Legal Traditions In The Nontraditional Society: The Problem Of Compatibility.....	32
Chestnov I.L. Legal Tradition In The Context Of Post-Classical Methodology	39
Chirkin V.E. Some Issues Of Formational And Civilizational Approach In The Comparative Law	46
Ekimov A.I. Traditions In The Law And Legal Axioms.....	54
Sokolova A.A. Tradition Of The Sociology Of Law In Scientific Researches; To The Problem Statement	60
Meshcheriakova O.M. Globalization And National-Cultural Identity	67
Vovk D.A. Legal Tradition, Legal Culture, Legal System: Approaches To The Interrelation Of Categories	71
Mikhailov A.M. Legal Tradition And Legal Ideology.....	78
Ivannikov I.A. Legal Traditions And Legal Consciousness	85
Andrianov N.V. Tradition As The Basis And Condition Of The Innovation In Law.....	92

Pavlov V.I. State-Legal Tradition And Its Interaction With The Spiritual Tradition In The Context Of Formation Of Civilization-Cultural Organism.....	99
Varlamova N.V. Western Legal Tradition In The Conditions Of Globalization: The Internal And External Challenges.	103
Pavlova N.G. Legal Traditions In The Comparative Law.....	111
Sidorova E.V. Legal Tradition As The Form Of Reflection Of The Valuable Content Of The Law.....	118
Podmarev A.A. Category “Tradition” In The Legislation And Other Official Documents Of The Russian Federation	123
Uvarova E.A. Issue Of Formation Of Legal Principles And Norms In The Legal Tradition.....	130
Spirin M.U. Type Of Perception Of The Source Of Law As The Important Factor Of Allocation Of The Legal Traditions And Groups Of The Legal Systems In Theoretical And Comparative Jurisprudence.	131
Denisenko V.V. Legal Traditions And The Legitimacy Of The Legislative Act.....	143

SECTION II

LEGAL TRADITIONS IN RUSSIA

Medushevskaya N.F. Traditionalism Of The Russian Legal Culture And Western Innovations.....	150
Dorskaya A.A. Traditions In The Legal Culture Of Russian Society	157
Pashentsev D.A. Features Of Formation Of The Russian Legal Tradition ..	163
Tumanova A.S. Vladimir Gessen And Formation Of The Liberal Tradition In Russian Jurisprudence In The Beginning Of XX Century	169
Supataev M.A. Problems Of Legitimation Of Russian Law In The Context Of The Mechanism Of Cultural Dynamics.	176
Sokolskaya L.V. Revival Of Eurasian Traditions In The Legal Culture Of Russian Society.	182

Yurtaeva E.A. About The Legal Regulation And Law-Making Process.....	189
Kornev A.V. The Russian Tradition Of Judicial Legislation	196
Nosov S.I. Legal Nihilism And Its Impact To The Legal Development In Russia.....	203
Trofimov V.V. The Tradition Of Participation Of Russian Society In The Processes Of Formation Of The Acting Legislation.....	211
Lapteva L.E. Traditions Of The Russian Bureaucracy	220
Metushevskaya T.I. Legal Tradition As The Guarantor Of Continuity And Stability In The Development Of Russian State.	228
Sigalov K.E. Sacralization Of The Authority As The Immanent Feature Of The Russian Political And Legal Tradition.....	235
Shayryan G.P. Russian Legal Tradition Of Succession To The Throne	239
Mikheyeva Ts.Ts. Organisation Of The Local Government In Russia In The First Quarter Of XVIII Century	246
Efremova N.N. Local Justice In The Legal Traditions Of Imperial Russia	254
Voroshilova S.V. Women In The Peasant Court: Customs Of The Russian Countryside	260
Popadeykin V.V. Legal Traditions Of The Russian Intelligentsia In The Conditions Of The Liberal- Democratic Reforms In Russia	267
Kamkiya B.A. Formation Of The Power's Reduction Traditions In Russia ...	272
Erygina V.I. Traditions Of The Political Parties' Research In The National Political And Legal Thoughts	280
Ivanova N.U. Legal Traditions And Restrictive Laws About The Jews In The Russian Empire Of The XIX Century.....	287
Chedzhemov S.R. F.I. Leontovich About The Adats Of The Caucasian Highlanders.	293
Gailite D.Y. «The Law And The Court» Magazine – A Successor Of Russian Legal Traditions In Emigration	300
Shalyapin S.O. Penitential Tradition In The Russian Penal Doctrine And Practice Of XV–XVIII Centuries	307
Epifanov A.E., Davudov D.A. Legal views of M.N. Katkov and traditions of domestic law	313

SECTION III

TRADITIONS IN LEGAL SYSTEMS OF FOREIGN COUNTRIES

Krasheninnikova N.A. The Role Of Law And Tradition In The Modern Legal System Of India	319
Trikoz E.N. Features Of Codification In The Medieval Japan.....	327
Pochekaev R.U. Genghis Khan As The Creator Of Law In The Turkic-Mongolian Legal Tradition.....	334
Lukyanov D.V. Conflict Of Legal Traditions In Europe	340
Solovyova V.V. Influence Of The Constitution Of Philip Orlik To The Legal Traditions Of Ukraine.....	346
Poldnikov D.U. Elements Of The Legal Tradition Of Ius Commune In The Natural Law Theories Of Modern Times (For Example, Two Principles Of Contract Law)	354
Shevchenko A.E., Ozel V.I. Conditions For Validity Of The Marriage And Its Annulment Grounds In Accordance With The Norms Of Canon Law In The Beginning Of XX Century. (In The Case Of Ukraine).....	362
Safonov V.N. About The Legal Tradition In The USA.....	368
Petrova E.A. Influence Of The Legal Traditions To The System Of Sources Of Law (For Example, The U.S. Legal System)	378
Grafshonkina A.A. Legal Traditions Of Scotland.....	384
Chechelev S.V. The Doctrine Of Nullification In The U.S. Legal System: Traditions And Modernity	389
Solomonova S.A. Continuity Of Legal Traditions Of The Swiss Legislator (In The Case Of The Federal Constitution).....	396
Aubakirova I.U. The Concept And Limits Of Administration Of Government: Theoretical And Legal Approach.....	403
Rusakova E.P. The Mediation Procedure In The Japan Commercial Arbitration Association	411
Serduk E.A. Influence Of Classical Islamic Law On The Legal Systems Of Modern Islamic States	416

SECTION IV

LEGAL TRADITIONS AND THE MODERN LAW ORDER

Osipova S.A. The Flood Of The Norms – Factor Influencing On The Quality Of Law	424
Vasilieva T.A. The Regulation Of Citizenship In European Countries: New Approaches And Legal Tradition.....	433
Sumenkov S.U. Exceptions To The Rules As The Tradition Of Russian Law	439
Antonov M.V. Precedent Law In Russia – Myth Or Reality.....	446
Nekhaychik V.K. Administrative Law Traditions: Continuity And Development	453
Botchkarev S.V. Constitutionalism As The Legal Tradition	460
Dulam Sughar. Legal Mechanisms Of Property's Defence (Traditions And Innovations).....	464
Androsov I.V. Determination Of Objective Truth In The Tradition Of Law-Enforcement Activity	470
Chechelnitskiy I.V. Traditions Of Justice In The Law	476
Lukyanova E.G. Globalization And Human Rights: About Another Attempt Of Their Denial	484
Belov V.A. Legal Traditions In The Globalizing World.....	490
Shtykova N.N. The Form Of The Legal Act: Traditions And Innovations	499
Minnikes I.A. Traditional Law Terms: Uncertainty Of Approaches	505
Teleshina N.N. Democracy In Russia: Traditions And Innovations	511
Ahmetzhanova K.V. Continuity In Approaches To Legal Collisions In Russian Jurisprudence	516
Rodionova O.U. Russian Tradition Of Legal Regulation Of Relations In Sphere Of Economy And Public-Private Partnership	524

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ

ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ

ЖИДКОВСКИЕ ЧТЕНИЯ

*Материалы
Международной научной конференции*

Москва, 29–30 марта 2013 г.

Корректор *К.В. Зенкин*
Компьютерная верстка *Н.В. Маркелова*
Технический редактор *Н.А. Ясько*
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 21.02.2014 г. Формат 60×84/16.
Печать офсетная. Бумага офсетная. Гарнитура Таймс.
Усл. печ. л. 31,62. Тираж 1000 экз. Заказ 206

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. +7 (495) 952-04-41

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ДЛЯ ЗАМЕТОК
